العقود الدولية

ماهية العقد الدولى وأنواعه وتطبيقاته . مفاوضات العقد وإبرامه.
مضمونه وآثاره وانقضائه . الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية
والإلكترونية. الاختصاص القضائى والقانونى. التحكيم وقانـــون
التجارة الدولية

العقود الدولية

ماهية العقد الدولى وأنواعه وتطبيقاته، مفاوضات العقد وإبرامه، مضمونه وآثاره وإنقضائه، الصياغة والجوانب التقنية والائتمانية والإلكترونية، الاختصاص القضائى والقانونى، التحكيم وقانـــون التجارة الدولية

دكتور
محمد حسين منصور

أستاذ القانون المدنى بجامعة الاسكندرية

دار الجامعة الجديدة للنشر
٣٨ شارع سوتير - الأزاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩
E-mail.: darelgamaaelgadida@hotmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَاأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنثَى
وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ
اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾

صدق الله العظيم

(الآية ١٣ سورة الحجرات)

مقدمة

العقد بصفة عامة، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين يتمثل فى إعطاء شئ أوالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

يحتل العقد مكان الصدارة فى النظم القانونية المختلفة، فهو المرتكز الأساسى للمعاملات، على الصعيدين المحلى والدولى، ويلعب دوراً هاماً فى تنظيم العلاقات بين الأشخاص، ومن خلاله تنشأ الغالبية العظمى من الحقوق والالتزامات، وتستقر به المراكز القانونية المختلفة. لذا تحظى نظرية العقد بمكانة بارزة ومتطورة فى التشريعات المعاصرة، وتتردد أصدائها فى جنبات القضاء والدراسات الفقهية.

يلعب العقد دوراً هاماً فى تداول الثروات والخدمات، يتعاظم هذا الدور على صعيد الجماعة الدولية التى تشهد تطوراً ملحوظاً فى ظل العولمة، وحرية التجارة والتكتلات الاقتصادية، والتقدم التقنى الهائل الذى ربط أجزاء المعمورة من خلال الاتصالات والفضائيات وشبكة الإنترنت. أصبحت العقود أداة تيسير التجارة الدولية ووسيلة المبادلات الاقتصادية والخدمية والمعلوماتية عبر الحدود.

وتتنوع العقود بتنوع موضوعاتها، فإلى جانب العقود الدولية التقليدية فى مجال البيع والعمل والتأمين، ظهرت عقود أخرى لمواكبة مناخ الاستثمار والتنمية الاقتصادية والمعاملات الإلكترونية، كعقود نقل التكنولوجيا والتأجير الأئتمانى، والتعاون الصناعى، والتجارة الإلكترونية وغيرها.

ولقد كان للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة عميق الأثر على العملية التعاقدية ووزنها الاقتصادى والقانونى والدولى، حيث ظهرت الكثير من العقود المركبة والمعقدة ترد على مشروعات عملاقة، تقدر قيمتها بأموال طائلة، وتنطوى على كثير من التعقيدات الفنية والقانونية والمالية، ولها تأثيرها البالغ، بما تحمله من فوائد ومخاطر على المجتمع.

تزداد الصعوبة بسبب تفاوت المراكز القانونية لأطراف الكثير من العقود الدولية المعاصرة، حيث تبرم غالباً بين الشركات الاقتصادية العملاقة متعددة الجنسيات من جهة والدول أو الأشخاص الاعتبارية العامة من جهة أخرى. فالشركة تتمتع بقوة اقتصادية فائقة فى مواجهة الدولة التى تتمتع بمزايا استثنائية، مما يثير العديد من التحفظات والدقة فى إبرام وصياغة وهيكلة تلك العقود وتوازنها، وبذل جهود شاقة فى المفاوضات بشأنها.

وشهدت منازعات العقود الدولية تطوراً ملحوظاً، حيث بعدت عن قواعد القانون الدولى الخاص التقليدى المتعلقة بتنازع الاختصاص القانونى أو القضائى، فلم تعد عقود التجارة الدولية تخضع لمنهج قواعد الإسناد المألوفة التى تستتبع حسم النزاع أمام القاضى الوطنى بالتطبيق لأحد القوانين الداخلية، فقد حرصت الشركات العملاقة فى الأسواق الدولية على تجنب هذه النتيجة بالإتفاق المسبق على عرض المنازعات العقية على التحكيم وتطبيق الأعراف والعادات التجارية والمهنية السائدة فى الأسواق العابرة للحدود، وهى مايطلق عليها قانون التجارة الدولية.

خطة البحث: **نستهل دراستنا بالآتى:**

- **فصل تمهيدى**: يبين ماهية العقد الدولى، وتمييزه عن كل من العقد الداخلى والمعاهدة، وتقسيماته وأهم صوره وتطبيقاته، ثم تمر الدراسة عبر ستة أبواب:
  - **الباب الأول**: إبرام العقد الدولى.
  - **الباب الثانى**: مضمون العقد الدولى.
  - **الباب الثالث**: الالتزامات الرئيسية فى العقود الدولية.
  - **الباب الرابع**: بطلان وعدم تنفيذ العقد الدولى.
  - **الباب الخامس**: منازعات العقد الدولى.

فصل تمهيدى

ماهية وأنواع العقود الدولية

نعرض لمفهوم العقد الدولى ثم نبين أنواعه وتطبيقاته.

المبحث الأول

مفهوم العقد الدولى

يقتضى تحديد العقد الدولى تفرقته فى البداية، عن كل من المعاهدة والعقد الداخلى، ثم نبين معيار دولية العقد وتنوع مجالاته وصوره.

(أ) **المعاهدة والعقد الدولى والعقد الداخلى**:

إن العقد Contrat-Contract والمعاهدة كلاهما تصرف قانونى متعدد الأطراف يتمثل فى توافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية معينة.

ولكن المعاهدة Traite تبرم فى إطار الجماعة الدولية بين إثنين أو أكثر من أشخاص القانون الدولى العام وطبقاً لأحكامه، وهى تتعلق بشأن عام من شئون تلك الجماعة أو بأمر من الأمور السيادية للدول، لتنظيم العلاقات بينها بوصفها السيادى أو مع المنظمات الدولية من خلال بيان الحقوق والالتزامات المتبادلة أو إرساء قواعد قانونية تحكم سير العمل فيما بينها. (١)

أما العقد الدولى Contrat international فيتعلق بشأن من الشئون الخاصة كتبادل السلع والمنتجات والخدمات ويكون أطرافه من الأشخاص العاديين (طبيعى أو معنوى) أو مع الهيئات الأجنبية أو الدول بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلى. أن العقد، بصفة عامة، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين يتمثل فى إعطاء شئ أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل(٢). يكون العقد داخلياً إذا لم يتضمن عنصراً أجنبياً يؤثر فى خضوعه للقانون أو القضاء الوطنى، ويكتسب الطابع الدولى فى حالة وجود مثل هذا العنصر المؤثر، فالرابطة العقدية تتسم بالطابع الداخلى إذا اتصلت كافة عناصرها بدولة واحدة، ومن ثم فهى تخضع للقانون والقضاء الوطنى.

---

(١) محمد طلعت الغنيمى، قانون السلام ١٩٩٥، ص ١٣٥.
محمد سامى عبد الحميد، القانون الدولى العام ١٩٩٣ ص ١٧٦.

(٢) انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، ٢٠٠٥، ص ٢٠٥.

(ب) معيار دولية العقد:

يكون العقد دولياً إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء تعلق هذا العنصر بإبرامه أو بتنفيذه، أو بجنسية المتعاقدين أو بموطنهم، إن دولية العقد تتوقف على مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى عناصره القانونية المختلفة، فإذا اتصلت أحد عناصر العلاقة التعاقدية بدولة أجنبية أو أكثر، فإنها تكتسب الطابع الدولي لتعلقها بأكثر من نظام قانوني واحد(١)، مثال ذلك عقد توريد منتجات بين مؤسسة سعودية وشركة هولندية ومطلوب تسليمها في دولة ثالثة كالصومال.

من المقرر أن العقود الداخلية تخضع لأحكام القانون الوطني، ولايجوز اللجوء لأعمال أي قانون أجنبي عليها، أما العقود الدولية فتخضع لأحكام القانون الدولي الخالص التي تسمح للمتعاقدين باختيار القانون الواجب التطبيق عليها. أن الصفة الدولية للعقد هي الشرط الضروري لصحة إختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، ومن ثم لايمكن الحديث عن القانون الواجب التطبيق إلا بعد التيقن أولاً من أننا بصدد عقد دولي(٢)، فهذا النوع من العقود هو الذي يثير مشكلتي تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي. من هنا تبدو أهمية تكييف الرابطة العقدية، وهو أمر لايتوقف على إرادة الأطراف بل يتولى القاضي تحديد الطابع الدولي للعقد على ضوء عناصره وخصائصه الذاتية، وتلك مسألة قانونية تخضع لقانون القاضي الذي طرح عليه النزاع تحت رقابة محكمة النقض. (٣)

إن هذا المعيار، في تحديد دولية العقد، يتسم بالطابع القانوني، وهو المعيار الموسع والتقليدي السائد في هذا المجال، ولكن البعض حاول تضييقه بالمعيار الاقتصادي واعتبار العقد دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، أي تتعدى آثاره الاقتصاد الداخلي للدولة من خلال تصدير واستيراد المنتجات

---

(١) Niboyet, trait de droit intenational, T.5, p. 54.

(٢) أحمد القشيري، الاتجاهات الحديثة في القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ١٩٦٥، ص ٦٣.

(٣) عكاشة عبد العال، قانون العمليات المصرفية الدولية، ص٧٦.

والبضائع والسلع والخدمات، ويستتبع ذلك حركة تنقل الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود.(١)

والواقع أن النظرة الاقتصادية للعقد قاصرة على بعض عقود المعاملات المالية أو التجارة الدولية، ولا تضيف جديداً، بل هي تطبيق للنظرة القانونية، حيث أن إنتقال الأموال والخدمات، من خلال العقد، بين أكثر من دولة يضفي عليه الطابع الدولي لأنه يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً في تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص(٢)، وهذا العنصر يتمثل في آثار العقد أو تنفيذه الذي يمتد خارج إقليم الدولة. وهذا هو المعيار القانوني الذي يكفي وحده لتمييز العقد الدولي.

(ج) **تنوع العقود الدولية**:

تتنوع العقود الدولية بتنوع موضوعها، ويمكن تصنيفها بصفة عامة إلى المجموعات الآتية:

أولاً: **العقود الدولية التقليدية**:

مثل الزواج والهبة والبيع والتأمين والنقل والعمل وعقود المعاملات العقارية، وعقود القروض الدولية.

ثانياً: **عقود التجارة الدولية**: **Contrats du Commerce International**

أي المبادلات التجارية التي تتعدى آثارها إطار الاقتصاد الوطني لما تؤدي إليه من إنتقال الأموال والمنتجات والبضائع والخدمات عبر الحدود، ولعل أبرزها البيوع الدولية للمنقولات المادية وغير المادية وبصفة خاصة عقود المعلوماتية(٣)، وعقود الائتمان التأجيري الدولي.(٤)

---

(١) تبنى القضاء الفرنسي هذا المعيار وأيدته محكمة النقض:
CIV 19 fev. 1975, R. Grit. 1976, p. 507, note oppetit.

(٢) راجع تفصيل ماسبق هشام صادق، القانون الواجب - التطبيق على عقود التجارة الدولية ٢٠٠١، ص ١٠٤.

(٣) Contrat informatique انظر مؤلفنا في المسئولية الإلكترونية ٢٠٠٣، ص ٢٢٠.

(٤) ويطلق عليه Leasing international أو Le Contrat de Gredit-Gail . انظر مؤلفنا في النظرية العامة للأئتمان ٢٠٠٥، ص ٢٥، ومؤلفنا في شرط الاحتفاظ بالملكية ٢٠٠٦، ص ٣٠.

ثالثاً: عقود التنمية الصناعية والاقتصادية:

مثل عقود الاستثمار، وعقود الأشغال العامة، وعقود التشييد والبناء أو المقاولات، كعقود إنشاء البنية التحتية مثل إقامة المطارات ومحطات الطاقة بنظام الـ B.O.T. (Build, Operate Transfert) ، وعقود التعاون الصناعى، والمساعدة والاستشارات الفنية، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود التجهيز والتوريد " تسليم المنتج فى اليد"، وعقود الإنشاءات الصناعية التى تأخذ صوراً عديدة مثل عقد إقامة مصنع وتسليمه جاهزاً للتشغيل والإنتاج " تسليم المفتاح"[1].

رابعاً: عقود الدولة:

إن العقود الدولية السابقة تبرم عادة بين أطراف عاديين، أشخاص طبيعية أو معنوية وتضم عنصراً أجنبياً، ولكن الأمر يختلف أحياناً، عندما يكون أحد أطراف العقد الدولة أو الأجهزة التابعة لها، فقد أسفر التطور المعاصر عن ظهور الدولة وغيرها من الأشخاص العامة على مسرح الحياة الخاصة الدولية بوصفها طرفاً فى عقد بيع أو قرض أو مقاولة، ويبدو ذلك بوضوح فى عقود التنمية الاقتصادية التى تبرم بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى، مثل عقود إستغلال الموارد الطبيعية، كالبحث والتنقيب عن البترول.

تنبع ذاتية واستقلال تلك العقود من التفاوت وعدم التساوى فى المراكز القانونية لأطرافها، فالدولة بوصفها من أشخاص القانون العام الداخلى تتمتع بمزايا سيادية استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبى المتعاقد معها لأنه كقاعدة عامة، من أشخاص القانون الخاص، إلا أنه يتمتع أحياناً بمركز إقتصادى أقوى من الدولة. لذلك ينطوى العقد على عدم تكفؤ قانونى من جهة واقتصادى من جهة أخرى، مما يستتبع إخضاعه لنظام قانونى مختلف عن العقود المعتادة للتجارة الدولية، وتثير هذه العقود غالباً الكثير من المشاكل عند التفاوض والإبرام والتفسير والتنفيذ، وبصدد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص،

---

(١) Schapira, les Contrats internationaux de transfert technologique, 1978.

حيث يكون من الصعب إخضاع الدولة وهى بصدد القيام بوظيفة من وظائفها لقانون أو قضاء دولة أخرى، مالم تكن قد ارتضت ذلك صراحة، وتجرى محاولات لتدويل هذه العقود وتضمينها شروطاً ذاتية، كشروط الثبات التشريعى وغل يد الدولة عن المساس بالعقد وتجميده زمنياً[١]، وشرط الاتجاه إلى التحكيم.[٢]

(١) انظر مايلى ص ٤٣٦، ٤٧٥.

(٢) حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص ١٢.

المبحث الثانى

تطبيقات لبعض العقود الدولية

تتنوع العقود الدولية، وتتعدد أشكالها ومجالاتها، وهى فى تطور مستمر استجابة لمقتضيات الحياة المعاصرة والتكنولوجيا المتغيرة وتنامى العلاقات الدولية فى ظل عصر العولمة. ونكتفى هنا بالإشارة إلى أهم العقود وأكثرها شيوعا فى الحياة العملية.[1]

(١) عقود الترخيص الصناعى Licesing **(عقود ترخيص استغلال التكنولوجيا):**

هو اتفاق يمنح بمقتضاه المرخص إذنا باستغلال حق أو أكثر من حقوق الملكية الصناعية أو حقوق المعرفة، وذلك خلال مدة معينة، ووفقا لشروط وقيود محددة، وذلك فى مجال الإنتاج، كما لو كان مانح الترخيص نفسه هو القائم بالاستغلال.

يتضح من ذلك أننا بصدد عقد رضائى يتضمن الإذن لمنشأة وطنية بالتمتع بحق مملوك لمشروع أجنبى، مقابل تعويض دورى أو بدون مقابل. وهذا الحق قد يكون طريقة مستحدثة فى الصناعة أو تصميم لآلة أو اختراع أو نموذج. ويشمل ذلك استخدام حقوق الملكية الصناعية والعلامات التجارية

---

(١) ولعل الأكثر شيوعا العقود الدولية لنقل التكنولوجيا Les Contrats Internationaux de de transfert technologique وتأخذ صورا عديدة لعل أبرزها الأمثلة المذكورة أعلاه. وقد نظمها قانون التجارة فى المواد من ٧٢: ٨٧ . ونص على أن تسرى أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوجيا لاستخدامها فى جمهورية مصر العربية، سواء أكان هذا النقل دوليا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر أم داخليا، ولا عبرة فى الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم. كما تسرى أحكام هذا الفصل على كل إتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر.
وتعرف المادة ٧٣ بقولها: " عقد نقل التكنولوجيا إتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها فى طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعتبر نقلا لتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا أو كان مرتبطا به".

وبراءات الاختراع وحقوق المعرفة الفنية والخدمات المتصلة بذلك والمساعدات اللازمة لتطبيقها واستخدامها استخداما سليما، بهدف تصنيع منتجات محددة أو خطوط إنتاج محددة بالكيفية وبالجودة التى كان سيكون الأمر عليها لو كان مانح الترخيص هو القائم بالنشاط نفسه.

ويقوم المرخص بتحويل حقوقه إلى المرخص له وبالدرجة التى لاتصل إلى حد التنازل ومع احتفاظه بحق رفع دعاوى التعدى، وبحيث لو لم يوجد عقد الترخيص لأصبحت أعمال المرخص له موجبة للمساءلة القضائية من قبل المرخص.(١)

(٢) **عقد المساعدة الفنية: Contrat D'assistance Technique**

وهو الاتفاق الذى يلتزم المورد بمقتضاه بتدريب العاملين لدى المتلقى على تشغيل الأجهزة والآلات المستخدمة فى عملية الإنتاج وإصلاحها وصيانتها، أو تدريبهم على إدارة المشروع بالأساليب الفنية، ويتم ذلك بإيفاد عدد من العاملين التابعين للمتلقى إلى منشأة المورد أو بإيفاد عدد من المختصين التابعين للمورد إلى منشأة المتلقى فترة من الوقت، وخاصة أثناء تطبيق الطريقة الفنية المنقولة وبداية التصنيع.

يتضح من ذلك أن المساعدة الفنية تتمثل فى تقديم الخدمات اللازمة لوضع المعرفة الفنية المنقولة موضع التنفيذ، وقد تتم المساعدة فى عقد مستقل، أو كشرط ضمن عقود نقل التكنولوجيا أو توريد الآلات.(٢)

(٣) **عقد تسليم المفتاح: Le Contrat Clé en Main**

هو الاتفاق الذى يتعهد فيه أحد الطرفين بإقامة مصنع وتسليمه جاهزا للتشغيل والإنتاج، أن الهدف من إبرام ذلك العقد تجهيز مجمع صناعى وتسليمه

---

(١) محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، ١٩٧٨، ص ٤٤.
ماجد عمار، عقود نقل التكنولوجيا، ١٩٨٣، ص ٣٠.
Jehl, le Commerce international de la technologie, 2003, p. 195.

(٢) Brust, l'assistance technique dens les contrats de transfert technologique, D.1979, p. 2.

جاهزاً من المقاول الأجنبى إلى الطرف المحلى. ويلتزم الأول بنقل التكنولوجيا وإنشاء المصنع وتجهيزه، وتقديم المساعدة الفنية، والالتزام بالضمان. ويمثل أهم عقود التجارة الدولية. (١)

(٤) عقد تسليم الإنتاج فى اليد (التسويق): Le Contrat Produit en Main

جاء هذا العقد كصورة متطورة من العقد السابق لتلبية إحتياجات الدول النامية فى ظل النظام الاقتصادى الدولى الجديد.

يلتزم الطرف الأجنبى فى هذا العقد، بعد توريد الآلات وإقامة المصنع، بتشغيله وإدارته فنياً وصناعياً خلال مدة متفق عليها، بشرط أن تصبح العمالة المحلية على درجة من الدراية الفنية التى تمكنها من إستيعاب وتشغيل التكنولوجيا المركبة على نحو كافى للحصول على الإنتاج المرجو من استيرادها. (٢)

وقد يضاف فى هذا العقد إلتزاماً جديداً إلى التزامات المورد يتمثل فى تسويق Commercialisation المنتجات بصفة مؤقتة أو دائمة، وفى هذه الحالة يضمن مقدم التكنولوجيا بيع وتصدير جزء محدد من إنتاج المصنع، ويتم ذلك بإدماجه فى الشبكة التجارية الخاصة به، وقد يكون هذا الإدماج كتعويض جزئى أو كلى مقابل نقل التكنولوجيا، وإذا كان المورد ينتج نفس المنتجات الصناعية فيمكن أن نتصور نوعاً من تقسيم الإنتاج فيما بين المتعاقدين. (٣)

(٥) عقود التعاون الصناعى (المشروع المشترك):

هو الاستغلال المشترك لما يقدمه الأطراف من مال ومهارات وتكنولوجيا فى نشاط اقتصادى معين بهدف إقتسام ماينشأ عنه من أرباح. وغالباً مايكون العقد طويل المدة بين إثنين أو أكثر من المشروعات المنتجة من دول

(١) M. Salem, M. Sanson, Clé en Main et les contrats, " produits en main, 1979, p.47.

(٢) سميحة القليوبى، عقود نقل التكنولوجيا ١٩٨٦، ص ٢٢٩.

(٣) Blanc, le contrat internaional d'equipement indusrtriel, 1980, p. 255.
صلاح الدين جمال، عقود نقل التكنولوجيا، ٢٠٠٤، ص ١٤٦.

مختلفة بغرض التعاون فى إنتاج معين. ويلتزم الأطراف بالإخلاص والولاء المتبادل فيما بينهم.

ويعتبر هذا العقد من أهم الصور القانونية المحض فى عمليات الاستثمار الدولى، وبصفة خاصة لتنظيم التعاون بين شركات البترول والدول المنتجة، كما هو الحال بين الشركات الأمريكية والمملكة العربية السعودية.

ويأخذ المشروع المشترك أحد شكلين:

الأول: المشروع المشترك ذو الطابع العقدى المحصن، وتختلف صوره باختلاف القطاعات الاقتصادية طبقا للاحتياجات الخاصة بكل قطاع، فقد أخذ الشكل التقليدى فى قطاع البترول، واتخذ شكل نقابات البنوك فى القطاع المصرفى والكونسورسيوم فى قطاع التشييد وعقود التعاون الصناعى فى ميدان الاستثمار الصناعى.

الثانى: المشروع المشترك الذى يؤدى إلى إنشاء شركة، كقيام الدولة ومشروع أجنبى بالمساهمة فى إنشاء مشروع مشترك يتمتع بالشخصية القانونية المستقلة عن أطرافه، وهو غالبا مايشكل نسق عقدى مؤسسى ووظيفى يضم مجموعة من العقود التى تشكل معا كلا عضويا ومترابطا.[1]

(٦) **عقود المشاركة**: **Accord d'association**

وهو تطبيق للعقد السابق فى مجال البترول حيث تشترك الدولة فى الأنشطة البترولية التى تمارس على إقليمها، وبصفة خاصة فى مجال الإنتاج إلى جانب عمليات الاكتشاف والاستغلال، وقد تمتد المشاركة إلى عمليات التسويق وتتحقق هذه المشاركة إما عن طريق إنشاء مشروع مشترك لايتمتع بالشخصية المعنوية، وإما بإنشاء شركة تشمل كل من الدولة والمشروع الأجنبى.

---

(١) Ph. Leboulanger, les contrats enter etats et entre prises etrangéres, 1985, p. 14.
حسام عيسى. نقل التكنولوجيا، ١٩٨٧، ص ٢٢٦. حفيظة الحداد، ص ١٨٨.

وتستفيد الدولة المنتجة، عبر الشركة الوطنية المنشأة لهذا الغرض، من اكتساب الخبرات الفنية فى مجال البترول والاستفادة من إمكانيات المشروع الأجنبى فى شأن تسويق البترول دون أن تتحمل النفقات الباهظة التى ينفقها المشروع والخاصة بالأبحاث. (١)

(٧) عقد إمتياز البترول:

وهو الاتفاق الذى تمنح بمقتضاه الدولة لمشروع أجنبى حقاً خالصاً له وحده فى البحث على إقليمها عن البترول واستغلاله خلال فترة زمنية معينة.

وظلت تلك الصورة التقليدية فترة طويلة من الزمن حتى تغيرت الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدول المنتجة للبترول فبدأت تطالب بتعديل هذه العقود على نحو يعيد التوازن بين الطرفين، ومن ثم ظهرت عقود المشاركة والتعاون الصناعى السابق الإشارة إليها. (٢)

(٨) عقد البحث: **Contrat de Recherche**

هو إتفاق بموجبه يتعهد المدين (الشركة الأجنبية) بالقيام بدراسات ذات طبيعة عقلية وإجراء تجارب عملية ذات صلة بتخصصه ومهاراته، بهدف الوصول إلى معرفة جديدة فى مجال العلم والتكنولوجيا، وكذلك استخدام طرق فنية لاكتشاف أشياء مادية كالبترول والمعادن. والالتزام هنا يكون ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. (٣)

وهذا العقد يعتبر بمثابة **عقد مقاولة Entreprise**، حيث تخول الدولة مشروعاً أجنبياً القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن البترول واستغلاله فى مقابل الحصول على جزء من الكميات المنتجة لتسويقها لصالحه، ويختلف ذلك عن عقد المساعدة الفنية التى يحصل فيها المشروع الأجنبى على مقابل مادى ' ملمه بغض النظر عن النتائج.

---

(١) نفس الموضع.
(٢) أحمد عشوش، النظام القانونى للاتفاقات البترولية فى البلاد العربية، ١٩٧٥.
(٣) Y. Roboul. Garanties de resultat et contrat de recherché, 1977, p. 102.

(٩) عقد الخدمات:

وهو يقترب من العقد السابق حيث تظل ملكية الموارد المعدنية والسيطرة عليها خاضعة لسيطرة الدولة، ويلتزم المتعاقد الأجنبى بتلبية الاحتياجات المطلوبة منه، وفقاً لنصوص العقد، لتقديم التكنولوجيا ورأس المال وإدارة المشروع. وقد يتم إدراج هذا العقد ضمن إتفاق شامل بين الحكومة والمشروع الأجنبى فى مجال البحث وإستخراج وتسويق البترول.

(١٠) عقود المقاولات العامة:

المقاولة عقد يتعد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً وأن يؤدى عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر. (١)

وقد رأينا أمثلة لذلك العقد فى الحالات السابقة الخاصة بالبحث واستخراج المعادن وإقامة المصانع حيث يكون أحد عناصره أجنبياً، أما التطبيق الخاص له هنا فيتمثل فى إتفاق بين الدولة أو شخص عام تابع لها، ومقاول أجنبى يلتزم بتنفيذ عمل عام مثل إنشاء الموانى والمطارات والطرق والكبارى وكل منشآت البنية التحتية. (٢)

(١١) القروض الدولية والاستثمار الأجنبى:

يتم الاستثمار الأجنبى بانتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بأحد صورتين:

١- القروض، وهو الوسيلة الشائعة والأساسية لحصول الدول النامية على الأموال. (٣)

٢- قيام المستثمر الأجنبى بإنشاء مشروع تجارى فى الدولة المضيفة، إما بنفسه أو بالمشاركة مع رأس المال الوطنى.

---

(١) Fidic, Conditions of Contract for construction, 1999, p. 80.

(٢) Glavinis, le contrat international de construction, p. 85.

(٣) أحمد عشوش، النظام القانونى لعقد القرض الدولى، ١٩٨٠.

وينتقل رأس المال والمهارات والمعارف الفنية والأجهزة الحديثة إلى الدولة المضيفة، غالباً، من خلال الشركات متعددة الجنسيات، حيث تنشئ فروعاً لها فى الدول النامية، وتكون ملكية هذه الفروع والسيطرة عليها بالكامل للشركة الأم، وهذا هو الاستثمار المستقل، حيث تكون ملكية المشروع المقام فى الدولة المضيفة مملوكة ملكية خالصة للمستثمر الأجنبى.

قد يتم الاستثمار الأجنبى بالمشاركة مع رأس المال الوطنى، وهذا هو الاستثمار المشترك الذى تتباين فيه نسبة المشاركة فى رأس المال وفقاً للظروف وبحسب ماتسمح به التشريعات الوطنية. وتأخذ حصة المستثمر الأجنبى فى المشروع إما شكل حصة نقدية، وإما حصة عينية كالآلات والمعدات والمهارات والأجهزة والمواد الأولية ومستلزمات الإنتاج، أو حصة تكنولوجيا تتمثل فى تقديم حق معنوى، كبراءات الاختراع، أو النماذج أو العلامات التجارية أو الصناعية، أو حق المعرفة.[1]

(١٢) عقد البيع الدولى:

ويطلق عليه عقد البيع التصديرى، حيث يبرم بين طرفين من دولتين مختلفتين، ويتعلق بالمنقولات المادية وغير المادية التى تقوم عليها التجارة الدولية، لذلك يأخذ غالباً وصف البيع التجارى الدولى.

ويأخذ البيع أوصافاً عديدة بحسب الاتفاق على مكان تسليم البضاعة ومن يتحمل مصاريف النقل والشحن والتأمين، ويجرى العمل الدولى على استخدام نماذج متداولة فى هذا الشأن كعقد بيع السكر، والغلال وغيره.

(١٣) عقود الوكالة والوساطة التجارية الدولية:

وتلعب تلك العقود دوراً هاماً بسبب تزايد النشاط التجارى فى العصر الحديث، واتساع نطاق الخدمات التى تتطلبها التجارة الدولية، حيث يصعب أن تتعامل الشركات مع المستهلك مباشرة، بل عبر طبقة من الوسطاء، لذا برزت

---

(١) Daning, the Multinaional Enyreprise. London, 1971, p. 11.

صور متنوعة من العقود مثل عقد الوكيل التجارى، والوكيل بالعمولة، والممثل التجارى، والموزع التجارى، وذلك عبر الدول المختلفة.

(١٤) العقود الالكترونية الدولية:

وهى العقود التى يتلاقى فيها القبول مع الإيجاب، بشأن السلع والخدمات، بين أشخاص من دول مختلفة عبر الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات والاتصالات الدولية "الإنترنت".

وتشهد تلك العقود نموا متصاعدا حيث باتت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية، وذلك بسبب سهولة وسرعة إبرامها وتنفيذها، وهى تتسم، غالبا، بالطبع التجارى، لذا يطلق عليها **عقود التجارة الإلكترونية** Commerce electronique ويقصد بها تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية فى السلع والخدمات التى تتم بين مشروع تجارى وآخر أو بين تاجر ومستهلك، باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وهى تتسم، غالبا، بالطابع الدولى، حيث تتم أغلب المعاملات بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة.

وتوجد إلى جانب ذلك **عقود الخدمات الالكترونية** الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت وكيفية الاستفادة منها، أى تلك التى تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها، مثل عقد الدخول إلى الشبكة، وعقد خدمة المساعدة الفنية، وعقد الإيواء وعقد إنشاء موقع، وعقد تقديم خدمة البريد الإلكترونى، عقد إنشاء المتجر الافتراضى، وعقد الاشتراك فى بنوك المعلومات، وعقد بث مضمون معين على الإنترنت.[١]

وهناك **عقود المعلوماتية** Contrat d'informatiques وبرامج الحاسب الآلى، وتأخذ قوالب قانونية مختلفة، فهناك توريد الأشياء المادية (أجهزة الحاسب الآلى)، وهناك الأموال المعنوية (البرامج) إلى جانب الخدمات الذهنية (الدراسة والمشورة) والخدمات المادية (التركيب)، بالإضافة إلى عقود الاشتراك فى بنوك المعلومات.

---

(١) N. Contis, les accords de distribution a l'epreuve de l'internet, J.C.P. 2003, p. 524.

وهناك أيضا عقود الفضائيات والاعلانات حيث أصبحت تغطى الكرة الأرضية من خلال التكنولوجيا المعاصرة وتمتد آثارها عبر الحدود مما يثير العديد من التساؤلات بصدد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص.(١)

(١٥) **الإيجار التمويلى الدولى**: **International Financial Leasing**

يعد عقد الإيجار التمويلى Gredit-Bail من أهم التنظيمات القانونية الحديثة التى تعاظمت أهميتها فى نطاق قانون الأعمال، وهو وحدة قانونية مركبة من علاقات تعاقدية معروفة. وهو وسيلة حديثة لمنح الائتمان، واحتلت مكانة مرموقة فى الأسواق المالية لإمداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة.

ويتمثل فى اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة، عقار أو منقول، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية، على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الإيجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو إعادة استئجارها أو ردها إلى المؤسسة المالية.

وتبدأ العملية بقيام صاحب المشروع (المستفيد ـ المستأجر) بالبحث عن المعدات والأجهزة اللازمة لمشروعه ويتفاوض مع المنتجين والموردين بشأن صفاتها وأثمانها، ثم يقوم بالاتصال بالمؤسسة المالية التى تباشر عملية التأجير التمويلى (المؤجر) ليتفق معها على إبرام العقد، فتقوم بشراء تلك المعدات وسداد قيمتها ويتم تسليمها للمستأجر مقابل الأجرة المحددة.

يتضح من ذلك أننا أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات: الشراء بقصد التأجير، الوكالة حيث يوكل المؤجر المستأجر فى القيام بشراء الآلات والأجهزة التى يحتاجها، الإيجار، وعد منفرد بالبيع أو إعادة التأجير.(٢)

---

(١) انظر تفصيل ذلك مؤلفنا فى المسئولية الالكترونية، ٢٠٠٦، ص ٣٥.

(٢) انظر مؤلفنا شرط الاحتفاظ بالملكية، ٢٠٠٦، ص ٤٤، والنظرية العامة للائتمان، ٢٠٠٥، ص ٨٥.

Stijns, la denonciation du crdit, R.Com.Belg. 2003, p. 167.

وقد انتشر العقد السابق على صعيد التجارة الدولية، ومن ثم فإن الإيجار التمويلي الدولي حيث يتم التعاقد على المعدات الإنتاجية في إحدى الدول ثم يتم تصدير هذه المعدات لاستخدامها وتشغيلها في دولة أخرى، مثل المصانع والطائرات والسفن. ويواجه هذا العقد بعض الصعوبات تتعلق باختلاف أسعار الصرف والقوانين، لذا تجرى محاولات توحيد النظام القانوني العالمي المطبق في هذا الشأن. (١)

(١٦) عقد الامتياز التجاري والخدمي: Franchise

هو الاتفاق الذي تؤجر بمقتضاه شركة أو مؤسسة مشهورة علامتها التجارية ونظمها الإنتاجية والتسويقية والإدارية، لمستثمر داخل الدولة أو خارجها، بشرط إلتزام الأخير بتنفيذ كافة نظم وتعليمات الشركة المؤجرة، ويتبنى نفس سماتها في التصميم الخارجي للمكان والديكورات الداخلية وأساليب الخدمة والدعاية والتوظيف. ويتم مزاولة النشاط داخل الإطار الجغرافي المتفق عليه. ويجوز إضافة بعض المنتجات التي تناسب طبيعة السكان في منطقته وأذواقهم وعاداتهم وذلك بالاتفاق مع الشركة المؤجرة، التي تتقاضى بدورها مبلغاً معيناً، بالإضافة إلى نسبة من الأرباح تتراوح بين ٢ % إلى ١٠%. (٢)

ويحقق هذا العقد الانتشار الدولي للشركات الكبرى ويساعد صغار المستثمرين على الاستثمار من المعارف الفنية والعلامات التجارية لتلك الشركات التي تمنحهم التدريب الفني والتسويقي والإداري وأبحاث التطوير وتطبيقات التكنولوجيا الحديثة.

ولعل أهم تطبيقات ذلك العقد في مجال الوجبات السريعة مع الشركات العالمية " كنتاكي وومبي، وبيتزاهت، وماكدونالدز"، والمؤسسات التعليمية والتدريبية. (٣)

---

(١) انظر مثلا اتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الإيجار التمويلي للمعدات في أوتاوا بكندا في ١٩٨٨/٥/٢٨.

(٢) Mathely, le Nouveau Droit Francais des Marques, 1994, p. 52.

(٣) Orgalime, Modele de Contrat International de licence de Technologie, 2003, p.751.

الباب الأول

إبرام العقد الدولى

نعرض على التوالى لكل من المفاوضات، وأطراف العقد، والتراضى على إبرامه.

الفصل الأول

مفاوضات العقد الدولى

نعرض لمفهوم وأهمية التفاوض وعناصره ومقتضياته، ثم نبنى صوره وتنظيمه والمسئولية عنه.

المبحث الأول

ماهية التفاوض وأهميته وعناصره

(أ) مفهوم التفاوض:

المفاوضات عبارة عن حوار ومناقشة وتفاعل بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين لحسم الخلاف، والتوفيق بين المصالح المتعارضة، والوصول إلى إتفاق بشأنه.

وفى العقود الدولية يتم التفاوض بين الحكومات والأفراد والشركات بصدد مشروعات ومشاكل اقتصادية أو تجارية أو قانونية بهدف إقامة رابطة عقدية متوازنة تحقق المصالح المشتركة لأطرافها، ويتم ذلك من خلال تبادل الأفكار والمقترحات ومناقشاتها، وقد يفشل الأطراف فى تحقيق التوافق، وقد يتم ذلك فى شكل شفهى أو كتابى رسمى أو غير رسمى.(١)

(ب) أهمية المفاوضات:

يلعب التفاوض دوراً رئيسياً فى إبرام العقود بصفة عامة، وتبدو أهميته وضرورته فى العقود الدولية بصفة خاصة من عدة وجوه:

- احتل التفاوض أهمية بالغة فى عصرنا الراهن أمام ظهور العقود المركبة والمعقدة التى أسفرت عنها الأساليب الحديثة فى التعامل، فقد أصبحت أعداداً كبيرة من العقود تنصب على عمليات تتسم بالتعقيدات الفنية والقانونية، وتنطوى على مخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها، وقيمة اقتصادية كبيرة حيث يترتب عليها انتقال سلع وخدمات عبر الحدود تقدر بمليارات فتؤثر تأثيراً بالغاً على مواطنى الدولة والاقتصاد الوطنى. لذا بات من الضرورى أن يسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التى تستغرق الكثير من الوقت والجهد والتخصص والدراسات.(٢)

---

(١) F. Kint, Negociation et Conlusion du Contrat, 1984, n. 38.

(٢) أحمد أبو العينين، النقاط الأساسية الواجب مراعاتها فى عملية التفاوض والتعاقد لنقل التكنولوجيا، ص ١٨.

- ولاشك فى حيوية مرحلة التفاوض حيث يتم فيها الاعداد والتحضير للعقد وبحث كافة جوانبه الفنية والمالية والقانونية، والتعرف على المتعاقد الآخر وتقدير إمكانياته، وتحديد مضمون العقد والإعداد الجيد له على ضوء مصالح ومقاصد الأطراف حتى يكتب له النجاح، وتوقى المنازعات التى قد تنشأ عنه وبيان سبل تسويتها والقانون الواجب التطبيق.

ويقتضى ذلك إفساح الوقت أمام الأطراف للدخول فى مفاوضات مكثفة حول الأسعار وكيفية التنفيذ وضماناته وخطط المشروع وسبل تمويله والتأمين على عناصره وجزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه.

- تزداد أهمية التفاوض بالنسبة للعقود الفنية المركبة التى تبرم بين شركات عملاقة ذات نشاط دولى والدول النامية التى تسعى إلى إقامة مشروعاتها وتحقيق أهدافها التنموية على الصعيدين الاقتصادى والاجتماعى وفق أفضل الشروط التى تناسب إمكانياتها المادية، ويقتضى ذلك مفاوضات وجهود شاقة والتعرف على سوابق أعمال تلك الشركات وخبراتها ومنهجها فى التعامل. تتضمن تلك العقود الكثير من الجوانب الفنية الدقيقة التى تستدعى البحث والتحرى، بل والتجربة والاستعانة بالخبرة أحياناً، على نحو يكتسب التفاوض بشأنها مكانة وحيوية. (١)

- تلعب إرادة الأطراف، عبر التحاور والتشاور دورا هاما فى تنظيم التفاوض لأن النظم القانونية تكاد تخلو من تنظيم قاعدى يمكن إتباعه. وقد أرسى الواقع العملى وممارسات الشركات التجارية الدولية بعض القواعد والتطبيقات التى تحكم المفاوضات، وهى تبدو حيوية فى ظل الفراغ التشريعى للنظم المعاصرة. ويكشف العمل عن وجود عادات ونماذج Contrats Types بالنسبة لأنواع كثيرة من العقود تتضمن شروطا عامة لاتقبل المناقشة من قبل المتعامل مما يقلل من أهمية التفاوض بشأنها.

---

(١) Marchandise, la libre negociation, 2004, p. 185.

- يلعب التفاوض دوراً هاماً فى التفاهم وتقريب وجهات نظر أطراف العقد الدولى حيث غالباً ماينتمون لدول متباينة فى الفكر والثقافة والاجتماع والاقتصاد. [١]

تزداد أهمية التفاوض بالنسبة للعقود الدولية الزمنية التى يمتد تنفيذها وآثارها فترة طويلة، حيث قد تتغير الظروف مما يستدعى إجراء مفاوضات لتعديل الالتزامات وإعادة التوازن العقدى على ضوء المستجدات والحفاظ على الصلة والتعاون المستمر بين الأطراف، وتسوية المنازعات التى قد تنشأ، بصفة دورية. [٢]

(ج) المفاوضات وعقود الإذعان:

تقتضى العقود الدولية بصفة عامة الدخول فى العديد من المفاوضات لأنها تنطوى على العديد من الالتزامات الجديدة والمتنوعة، ويحرص كل طرف على بيان وتدعيم مركزه القانونى، حيث لايوجد نظام متكامل يناسب الأطراف تماماً مما يستدعى التفاوض لخلق النظام الملائم، يتحتم التفاوض كذلك فى كل حالة تتسم فيها الصفقة أو العملية بطابع التعقيد والتركيب.

ولكن ينبغى الإشارة إلى أن هناك جانباً من العقود التى لاتثور فيها مشكلة التفاوض بشكل هام، وهى عقود الإذعان Contrat d'adhesion التى لايكون أمام أحد طرفيها سوى القبول أو الرفض بسبب ضعف مركزه الاقتصادى وحاجته للسلعة أو الخدمة التى يحتكرها أو يهيمن عليها الطرف القوى ويضع عقوداً نموذجية متداولة ينبغى الموافقة عليها كما هى فى جملتها، دون أن يكون هناك هامش كبير للتفاوض.

أن عقد الإذعان يتم إعداده مسبقاً حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه بالطريقة التى تحقق مصلحته دون أن يكون للطرف الآخر حرية مناقشة ذلك المضمون. والواقع أننا بصدد

(١) تقنية التفاوض، سلسلة دراسات اقتصادية واستثمارية صادرة عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ص ١٨.

(٢) وهذا مايطلق عليه شروط إعادة التفاوض Clause de renegociation hardship.

متعاقد محترف ومتخصص يتمتع بخبرة نتيجة قيامه فى السوق بعمليات متكررة ومتشابهة، مما يمكنه من وضع الشروط المناسبة له على ضوء اقتصاديات المنافسة العالمية، ولايكون بوسع الطرف الآخر (المتلقى) سوى قبول تلك الشروط دون مناقشتها. ويكون المستهلك طرفاً فى هذه العقود التى تتمثل فى نماذج معدة دون أى مفاوضة أو مناقشة، حيث تفرضها شركات الإنتاج والتوزيع العملاقة.

(د) **عناصر التفاوض**:

يمكن أن يتم التفاوض من خلال عناصر أو إجراءات معينة تبدأ بتحديد الاحتياجات والمطالب ثم وضع كراسة الشروط، وتلقى العروض ومناقشتها.

١- **تحديد الاحتياجات**: يجب على العميل أن يبين احتياجاته بوضوح، ولو اقتضى الأمر الاستعانة بخبير، ولايلتزم المورد، بحكم احترافه، بأن يحيط بذلك من تلقاء نفسه إلا إذا كانت مطالب العميل تدخل ضمن العادى والمألوف أما لإن خرجت تلك المطالب عن القواعد العامة فيتعين على العميل إبرازها كى يتم التفاوض على أساسها ويبدو ذلك بوضوح فى عقود المعلوماتية[(١)] حيث يلتزم المورد على ضوء ذلك باختيار المعدات والبرامج المناسبة لظروف ورغبات العميل.

٢- **وضع كراسة الشروط** Cahier des charges: يقوم العميل بوضع كراسة يطرح فيها شروط التعاقد ويبرز من خلالها كافة مطالبه وهى دليل على جدية الرغبة فى إبرام العقد[(٢)]، وتشكل الأساس الذى يتم عليه التفاوض ويجب على المورد أن يشترط تقديم تلك الكراسة ويطلب من العميل أن يحدد فيها بدقة رغباته وأهدافه والسبل المقترحة لإشباع ذلك، وإلا تحمل المورد مسئولية التعامل دون وضوح الاهداف والشروط بالاشتراك مع العميل. حيث يتعين على الطرفين التعاون

(١) Cass.com. 11 Jan. 1994, R.J-D-6-94 N. 637.
C.A. Pains & Juill, 1981. Expertises 1981 n. 32. P. 16.

(٢) Fages, mote sous T.g. 1 paris, 19 jan 2001, R.P.C. 2001, p. 350

وبذل الجهد فى ذلك المضمار لتفادى كل أسباب الشقاق من خلال إعداد الوثائق التفاوضية المتكاملة التى تساعد على الوصول إلى عقد ناجح من جهة وتحديد المسئولية عن أى أضرار محتملة من جهة أخرى.

٣- **تلقى العروض**: تبرز أهمية ذلك العنصر بمناسبة الصفقات الكبيرة التى تقترن بتقديم تسهيلات فى عمليات التوريد وإقامة المنشآت حيث يكون من الأفضل اللجوء إلى أسلوب طرح الأمر للجمهور وتلقى العروض المختلفة بشأنه. وينبغى بالنسبة للدعوة الخاصة بتلقى العروض أن تتضمن البيانات الواضحة فيما يتعلق بمواعيد التقدم بالعرض وعناصره ومواصفاته وشروطه حتى يتم التفاوض على أسس واضحة.

المبحث الثانى

أساليب ومقتضيات ومهارات التفاوض

(أ) مفهوم وأهمية أسلوب التفاوض:

يرتكز التفاوض على الحوار والمناقشة وتفاعل الأفكار والآراء بهدف تسوية مشكلة، أو إبرام صفقة أو الفوز بمشروع معين، وتلك مسألة ليست بهينة بل تنطوى على العديد من المخاطر والاحتمالات، حيث تكمن وراءها عوامل ومتغيرات تؤثر فى سلوك ومواقف الأطراف، ويستتبع ذلك تناوب مؤشرات النجاح والفشل. لذا ظهرت العديد من الدراسات حول انتقاء أساليب التفاوض الأكثر فعالية فى الوصول إلى الغاية المرجوة وحصر احتمال الفشل فى أضيق وأقل الخسائر.

والأسلوب يعنى المنهج أو الاستراتيجية المتبعة فى التفاوض أى الخطوات الواجبة الاتباع للوصول إلى الغاية المرجوة، حيث لا يترك الأمر لمحض الصدفة بل يتم وضع خطة تتضمن الخطوط العريضة للمسائل التى سيتم التفاوض بشأنها. (١)

لايتم التفاوض عبر تلاقى وتفاعل أساليب الأطراف من خلال ماتتضمنه من وسائل الجدل والتأثير والإقناع وصولاً إلى الهدف المحدد، حيث يتم طرح المسائل وإدارة الحوار وتبادل المقترحات بشأنها.

(ب) تنوع أساليب التفاوض:

تتنوع وتتفاوت الأساليب المتبعة فى التفاوض بين الشدة والمرونة، حسب ظروف الحال، بهدف الوصول للأهداف التى رسمها كل طرف لنفسه: (٢)

- فهناك أسلوب التشدد فى التفاوض القائم على التصلب وعدم التنازل عن المطالب والمقترحات المعروضة إلا بقدر محدود وبصورة تدريجية.

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولى، ٢٠٠٠، ص ٧٠.
(٢) محمد بدر الدين مصطفى، المفاوضات الدولية، ص ٢٢٥.

ولاشك أن تلك الطريقة وإن كانت تصلح فى المفاوضات الأساسية إلا أنها تتنافى مع المبادلات التجارية التى تقضى المرونة والثقة والعلاقة المتناظرة بين أطرافها.

- وهناك الأسلوب المعتدل القائم على سياسة الأخذ والعطاء، حيث يتم التنازل المتقابل من كل طرف عن جانب من طلباته أثناء التفاوض حتى يمكن الوصول إلى تسوية أو اتفاق، ويستمر التواصل بين الأطراف من أجل تحقيق الأهداف المرجوة.
- ويوجد أسلوب الأمر الواقع، حيث يضع أحد الطرفين الطرف الآخر أمام أمر محدد يتعين عليه سرعة قبوله أو رفضه دون مناقشة[1]. ويتوقف نجاح تلك الطريقة على مدى احتياج ذلك الطرف للأمر المعروض عليه وضعف احتمال الرفض.
- ويوجد أسلوب العدالة فى التفاوض القائم على فكرة مثالية مؤداها التزام كل طرف الموضوعية فى وجهة نظره وما يرتضيه الطرف الآخر، بقصد الوصول إلى حلول تحقق المنفعة المشتركة لهما من خلال إتفاق متوازن وعادل.
- ولاشك أن الأسلوب الأخير هو الأقرب للعدالة، إلا أنه من الصعب التوصية بإتباعه بصفة دائمة، حيث يتوقف الأمر على العديد من العوامل والظروف التى تكمن وراء إختيار أسلوب معين دون الآخر، مثل نوع وطبيعة المصالح التى يبتغيها الأطراف، ومركز كل منهم التفاوضى وقوته الاقتصادية وخبراته، ومدى حرصه على الاستمرار فى التعامل من عدمه.[2]

(جـ) مقتضيات التفاوض:

إن الوصول بالمفاوضات إلى الهدف المنشود الذى تلتقى عنده مصالح المتعاقدين يقتضى توافر عدة عوامل موضوعية لعل أبرزها:

---

(١) Kint, Négociation et conclusion du contrat, p. 152.

(٢) أحمد عبد الكريم سلامة، نفس المرجع ، ص ٧٤.

١- وجود الإرادة الحقيقية والجادة لدى الأطراف فى دخول المفاوضات والحرص على إستدامتها فى ظل روح التعاون بغية الوصول إلى الغايات المرجوة والتوفيق بين المصالح المتعارضة.

٢- توفير الإمكانيات اللازمة للتفاوض من تجهيزات مادية وعناصر بشرية متخصصة ووسائل إتصال ملائمة تساعد فريق التفاوض على الاتصال المباشر بمركز إتخاذ القرار (الجهة الرئاسية) فى الوقت المناسب لأخذ الرأى والحصول على المعلومات والدراسات المطلوبة.

٣- تكامل وانسجام فريق التفاوض، وتنطوى مفاوضات العقد الدولى غالباً على الكثير من الجوانب الفنية المتداخلة والمعقدة مما يستوجب وجود فريق من المتخصصين فى المجالات القانونية والاقتصادية والتقنية، يساعد على التكامل والتشاور وتبادل وجهات النظر، ولكن يتعين تقسيم العمل وتوزيع المسئولية بين أعضاء الفريق التفاوضى والتنسيق بينهم من خلال متحدث رسمى لتفادى التضارب والتداخل فى الآراء. [١]

٤- ينبغى الإعداد الجيد لموضوع المفاوضات والخطط المطروحة وجدول الأعمال، حيث يتعين تحديد الأهداف الأساسية للتفاوض، مع ترتيب الأولويات والنقاط الأساسية ثم الفرعية، وتفصيل كافة المسائل التى يحرص الأطراف على النقاش والتفاوض بشأنها. [٢]

(د) المهارات الموضوعية للتفاوض:

إن إدارة العملية التفاوضية يتطلب مهارات موضوعية معينة تتعلق بالأسلوب والخطة المتبعة والمناورات ومداخل الحوار وردود الأفعال على مواقف الطرف الآخر، ويقتضى الأمر دراسات عميقة ومتكاملة للجوانب الموضوعية والنفسية، ولعل من أبرز الخطوات المتبعة فى هذا الشأن:

(١) Lipton. Government Negociation, Techniques and strategies, p. 85.

(٢) D. Blanco, Négocier et rédiger un contrat international, 1995, p. 60.

١- تحديد نطاق التفاوض ببيان المسائل والموضوعات التى يتعين حصر المفاوضات بشأنها تفاديا لإضاعة الجهد والوقت مما قد يستوجب وضع حد أقصى لمدة المفاوضات لمنع التسويف والمماطلة والحث على سرعة اتخاذ القرار.

٢- إتاحة الفرصة للطرف الآخر لتقديم عروضه ومقترحاته لمناقشتها والتعرف على نواياه واتجاهاته واقتراح البدائل والتعديلات المناسبة.

٣- التزام الهدوء فى التفاوض، بل والتزام الصمت فى بعض الحالات للتروى والتفكير، والامتناع عن الرد الفورى بتغيير مجرى الحديث، والإيحاء بعدم الإكتراث، أحياناً، أو الرغبة فى الانسحاب لحث الطرف الآخر على التعاون أو التنازل عن بعض طلباته أو التراجع عن موقفه المتشدد.

٤- تقديم التنازل على أنه أمر إستثنائى وكأنه مكافأة خاصة للطرف الآخر وفرصة أخيرة يصعب تكرارها، ويتم ذلك من خلال المفاجأة فى العرض وتغير الأسلوب على نحو غير متوقع مما قد يدفع الطرف إلى قبوله والتنازل عن طلباته السابق إعلانها. (١)

٥- يتم اللجوء إلى المناورات لحمل الطرف الآخر على تقديم تنازلات، ومن أمثلة ذلك تظاهر بعض أعضاء الفريق التفاوضى بالتشدد وآخرون بالتساهل، وأسلوب التهديد بالانسحاب، ومحاولة التفرقة بين أعضاء الفريق، وهناك أسلوب المسائل غير القابلة للتفاوض، وماعدا ذلك فجائز مناقشته، وهناك أسلوب المساومة من خلال زيادة المطلوب بقصد إعمال أسلوب قسمة المناصفة، أى الالتقاء عند نقطة تشكل منتصف المسافة بين الفريقين(٢).

ولاشك إن أتباع الطرق المذكورة يقتضى البراعة فى أسلوب وتوقيت استخدامها بالطريقة المثالية حتى لاتترك نتائج مضادة لدى المفاوض الآخر،

---

(١) حسن محمد وجيه، مقدمة فى علم التفاوض الاجتماعى والسياسى، ١٩٩٤، ص ٥٨.

(٢) محمد سعيد الحلفاوى، إستراتيجيات وأساليب التفاوض مع الشركات الموردة للتكنولوجيا، ص ٢٣.

مثل سوء النية والمناورة وفقدان السمعة الطيبة والثقة المتبادلة، بل إن الأمر قد يعد خروجا على مبدأ حسن النية فى التفاوض مما يثير المسئولية القانونية، لذا يتعين الحكمة البالغة فى إنتقاء المسلك التفاوضى الملائم، ويتوقف ذلك على المهارات الشخصية للمفاوض.

(هـ) المهارات الشخصية للمفاوض:

إن السير بالعملية التفاوضية فى الطريق الصحيح توصلاً لأفضل النتائج، يتطلب توافر صفات ومهارات عالية فى المفاوض الذى سيقوم بتلك المهمة، لذا تحرص الهيئات والشركات على الاهتمام ببرامج التدريب المستمرة والمتطورة لإعداد الكوادر والخبرات المطلوبة فى هذا المجال. ولعل من أهم صفات المفاوض الماهر مايلى:

١- اليقظة وحسن الاستماع لما يريده الطرف الآخر، وإستيعاب أقواله لتفهمها ومناقشتها والرد عليها، وتحديد الأولويات التى ينبغى البدء بها لخلق التفاعل والتواصل والتفاهم بين الطرفين، ويأتى ذلك من الخبرة التفاوضية.

٢- الإلمام بشخصية المفاوض الآخر من كافة جوانبها النفسية والبيئية، والثقافية والاجتماعية، وإمكانياته وخبراته التفاوضية ونقاط القوة والضعف لديه، وقدراته على التعاون والمثابرة من عدمه. ويتم التواصل إلى ذلك من خلال جمع المعلومات عنه والتقارير المالية الصادرة عن المشروع الذى يمثله وتحليلها.

٣- الشخصية القوية المتكاملة ذهنياً وبدنياً، بما لها من قدرة على اليقظة والمثابرة والسيطرة على مجرى المفاوضات، وضبط النفس، وإظهار الحكمة والإتزان لبعث الثقة والطمأنينة والتأثير فى الطرف الآخر، والقدرة على إقناعه بتغيير طلباته ومواقفه من خلال الحجج والأسانيد وقوة اللغة وأسلوب التخاطب. (١)

---

(١) حسن وجيه، ص ٢٦.

٤- القدرة على المناورة، والمهارة فى إيجاد البدائل والخيارات، والإبقاء على التواصل من خلال إستمرار التفاعل مع الطرف الآخر، وتقييم الموقف التفاوضى بصفة منتظمة للتعرف على المستجدات والتجاوب معها، وتقديم التنازلات المعقولة فى إطار الحد الأدنى المسموح به، وإتباع الأسلوب الواقعى الملائم لاحتياجات الطرف الآخر وتجنب الضغط عليه، بل التعاون معه لتحقيق المصالح المشتركة والمتوازنة للطرفين. (١)

٥- الالتزام بالشرف والنزاهة أو على الأقل تجنب المراوغة والخداع والحيل التدليسية التى تفقد الثقة وتبعث على الخوف والقلق لدى المتفاوض الآخر. وتفادى إطلاق التصريحات والعبارات المضللة، والتأجيل المتكرر لمواعيد المفاوضات وإخفاء الأوراق والمستندات(٢). ولاشك أن مثل هذه التصرفات قد تعرض صاحبها للمسائلة القانونية وإلزامه بالتعويض عن الأضرار الناجمة عنها.

(١) D. Blanco. op. cit. p. 73.

(٢) Kint, Négociation et conclusion du contrat, p. 152.

المبحث الثالث
الإعداد للمفاوضات وخطابات النوايا

إن العقود الدولية المعاصرة تنطوى على العديد من المسائل الفنية التى تستلزم إجراء مراحل متعاقبة من المفاوضات، وتحتاج تلك المفاوضات فى كثير من الأحيان إلى الإعداد والتحضير الجيد قبل الدخول فيها. لذا نعرض فى البداية للتحضير للمفاوضات ثم نبين خطاب النوايا كدعوة للتفاوض.

المطلب الأول
التحضير للتفاوض
Le préparation de la négociation

إن التفاوض على العقود الدولية يعد عملية معقدة ومليئة بالمخاطر، وذلك بالنظر إلى أهمية الصفقة التى يرد عليها العقد، وتنوع جوانبها الفنية، وتعاظم قيمتها الاقتصادية، لذلك يحرص الأطراف على التحضير والاستعداد الجيد قبل الدخول فى التفاوض. (١)

(أ) الدراسة التمهيدية:

إن الدراسة التمهيدية Etude Preliminaire عن المشروع المزمع تنفيذه تعد خطوة أولية ضرورية قبل الدخول فى التفاوض على العقد المرتبط به. ويطلق على تلك العملية دراسة الجدوى Etude de faisabilite التى ترمى إلى الحصول على المعلومات الضرورية والمشورة الفنية اللازمة لتبصير المتعاقد وتنوير إرادته عن فائدة الصفقة من الناحية الاقتصادية واحتمالات النجاح والفشل والأسس العلمية والفنية لها والمخاطر المحتملة فيها. (٢)

---

(١) رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، ٢٠٠٠، ص ٣٤٥.

(٢) M. Dubisson, la négociation des marchés internationaux, 1982, p. 68.

وتتناول الدراسة العلمية التعاقدية من كافة جوانبها الاقتصادية والفنية والقانونية. فبالنسبة لعقد الامتياز التجارى الدولى يقوم المورد بإجراء دراسة حول إمكانية التوزيع والمنافسة ومدى تناسب المنتج مع عادات وذوق المستهلك. وفى عقود نقل التكنولوجيا تتم المفاضلة بين الوسائل التقنية لاختيار أفضل وسيلة تتناسب مع ظروف التجهيز الصناعى المراد إقامته. وينبغى التأكد من توافر التمويل اللازم وخاصة بالنسبة للبلاد النامية حيث يتم الاقتراض عادة من المؤسسات المالية الدولية،[1] أو ترك الأمر إلى الشركة التى ستنفذ المشروع، حيث تتولى تمويله مقابل تسوية معينة[2]. وينبغى دراسة الإجراءات القانونية والعوائق التى قد تعوق التنفيذ فى البلد الأجنبى، والإلمام بالقوانين المحلية والخاصة بالاستثمار والتصدير والاستيراد.

وتنصب الدراسة كذلك على المخاطر المحتملة للمشروع، سواء كانت تقليدية مثل الحريق ومضار التكنولوجيا، أو تتعلق بمخاطر التجارة الخارجية حيث يتم تغطية الأولى بوثائق التأمين التقليدية، أما الثانية فيتم تأمينها بواسطة هيئات تأمين متخصصة. [3]

يتولى المتعاقد إجراء الدراسات السابقة بوسائله الخاصة، وذلك بالنسبة للشركات الكبرى التى تمتلك فريقاً من المتخصصين ذوى الخبرة، وقد يتم الاستعانة بأهل الخبرة من الغير لإجراء هذه الدراسة، ويحدث ذلك غالباً من خلال عقد المشورة Contrat de conseil الذى يبرم مع أحد المكاتب المتخصصة. [4]

(ب) التعرف على المتعاقد الآخر:

أن المتعاقد الآخر يشكل عنصراً جوهرياً فى العملية التعاقدية، ومن ثم يجب الحرص الشديد فى إختياره والتحرى عن صفاته ومركزه المالى والمهنى والفنى الذى يؤهله لتنفيذ العقد.

---

(١) مثل البنك الدولى للإنشاء والتعمير B.I.R.D.

(٢) مثل مشروعات الـ B.O.T. انظر ماسبق ص ١٣.

(٣) مثل هيئة الـ COFACE فى فرنسا.

(٤) F. Mialon, Contribution à l'étude Juridique d ún contrat de conseil, R.T.D.C. 1973, p. 5.

ويتم البحث عن المتعاقد بالوسائل الخاصة أو بتوجيه دعوة إلى الجمهور عبر وسائل الإعلام أو شبكة الإنترنت أو بالاستعانة بوسيط وتعتبر شخصية المتعاقد عنصراً جوهرياً فى العقود الهامة التى يتم التفاوض عليها، وبصفة خاصة تلك القائمة على الاعتبار الشخصى.

ولعل أهم الصفات التى يحرص الراغب فى التعاقد عادة على التأكد من توافرها فى الطرف الآخر قبل التفاوض معه، هى الكفاءة المالية بصفة خاصة فى عقود الائتمان مثل عقد القرض والإيجار التمويلى، وكذلك الكفاءة المهنية بصفة خاصة فى عقود التشييد ونقل التكنولوجيا، هذا بالإضافة إلى حسن السمعة على الصعيد الدولى والوسط المهنى.(١)

المطلب الثانى
خطاب النوايا

(أ) مفهوم خطاب النية:

يقوم الراغب فى التعاقد بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، يعلن فيها عن رغبته فى التفاوض بشأن هذا العقد تمهيدا لإبرامه، وهذا مايطلق عليه الدعوة إلى التفاوض L'invitaiton à entrer en pourparlers أو الإيجاب بالتفاوض L'offer de négociation ، حيث لاتتضمن تلك الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، بل مجرد التعرف على من يستجيب لدعوته ليدخل معه فى التفاوض حول مضمون العقد المرغوب.

وقد توجه الدعوة إلى الطرف الآخر شفاهة أو تليفونياً أو عن طريق رسول أو بالكتابة العادية بالبريد العادى أو الالكترونى E-Mail أو البرق أو التلكس أو الفاكس أو الإنترنت.

---

(١) Supiot, l'identite professionnelle, Mel. Savatier, 1992, p. 409.

ويجرى العمل فى مجال التجارة الدولية على إرسال الدعوة إلى التفاوض إلى الطرف الآخر عن طريق مايسمى " خطاب النوايا" Lettre d'interntion وذلك للدلالة على جدية هذه الدعوة وإعطائها طابعاً رسمياً. (١)

وتكمن جدية خطاب النوايا وطابعه الرسمى فى صدوره على شكل وثيقة مكتوبة، من الراغب فى التعاقد إلى الطرف الآخر، يعرب فيها عن رغبته فى إبرام عقد معين، ويبين فيها الخطوط العريضة للصفقة، ودعوته للتفاوض حولها، توطئة لإبرام العقد النهائى.

ويتضح من ذلك أن خطاب النوايا وثيقة هامة يبدأ بها، بحسب الأصل، أطراف العملية التعاقدية مشوارهم نحو خوض غمار التحضير للمفاوضات، والتوجه نحو التعامل الجدى لإنجاز العقد المراد إبرامه. (٢)

(ب) صور خطاب النوايا:

يلعب خطاب النوايا دوراً هاماً فى المعاملات الاقتصادية والتجارية الدولية. وتتعدد صور ذلك الخطاب وتتفاوت قوته بحسب الأهداف والمقاصد التى يرمى إليها وتتنوع خطابات النوايا بتعدد أغراضها ومعانيها، واختلاف مضمونها وصورها.

١- **خطاب إستعلامى،** حيث يقتصر على مجرد طلب معلومات أو الرد على استفسارات محددة بشأن العملية التعاقدية، يعبر الخطاب عن مجرد وجود اهتمام بمشروع تلك العملية، دون أن يعبر عن أية نية للالتزام بالدخول فى المفاوضات.

٢- خطاب دعوة للبدء فى التفاوض حول العقد المزمع إبرامه، مع وضع الإطار المستقبلى المتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها من حيث الزمان

---

(١) رجب كريم عبد اللاه، ص ٣٧٨.

(٢) Loncle et trochon, la phase de pourparlers dans les contrats internationaux, R.d.. off.int 1979, p. 3.

والمكان والنفقات واللغة وفريق التفاوض، ويعد ذلك أمراً جوهرياً للاقتصاد في الوقت والجهد.

وقد يتضمن هذا الخطاب الشروط العامة للعقد المزمع إبرامه طبقاً للمعاملات السابقة بين الطرفين في هذا المجال، وقصر التفاوض على الشروط الخاصة والمسائل التفصيلية النوعية والمتغيرة، وإظهار النية الجادة في التعامل من خلال اتخاذ التدابير التحضيرية اللازمة لإبرام الصفقة مثل الحصول على موافقة الجهات الحكومية والمؤسسات المصرفية لتمويل المشروع.

٣- خطاب الاتفاق المبدئي الحر، وهو الذي يتم توجيهه خلال المفاوضات، ويثبت فيه اتفاق الطرفين على بعض الالتزامات التي تكون مستقلة عن تلك الواردة في العقد النهائي المزمع إبرامه.

فقد يتضمن هذا الخطاب دعوة لاعداد الدراسات التي سيقوم بها كل طرف حول كافة الجوانب المالية والفنية والتنفيذية للصفقة، والتأكيد على الالتزام بالحفاظ على سرية تلك الدراسات والمعلومات المتبادلة أثناء المفاوضات، ومواصلة التفاوض بنية جادة، مع توخي الأمانة وشرف التعامل وحسن النية في كل مرحلة، والامتناع عن الغش أو السلوك التدليسي، والالتزام بعدم قطع المفاوضات دون سبب معقول، وعدم الدخول في مفاوضات موازية، والالتزام بالتحكيم.

ويلاحظ هنا وجود اتفاق تعاقدي حقيقي على تلك الالتزامات، بحيث أن مخالفتها تثير المسئولية العقدية. وينتشر هذا الخطاب بالنسبة لمفاوضات نقل التكنولوجيا وحقوق المعرفة الفنية.

٤- خطاب الاتفاق المبدئي التعاقدي، وهو الخطاب الصادر بعد مرحلة كبيرة من المفاوضات تم التوصل فيها إلى أمور ونقاط أساسية أو تصور لمشروع تفاصيل العقد النهائي، وهذا ما يطلق عليه مذكرة التفاهم أو مذكرة الاتفاق. ولكن يحرص من يصدر الخطاب على التأكيد بأن ذلك غير ملزم للطرفين إلا بعد توقيع العقد النهائي أو استيفاء بعض الشروط

أو حدوث أمر معين، مثل الحصول على تسهيل إئتمانى أو قرض معين أو إستغلال براءة الاختراع أو المعرفة الفنية[1] .

(جـ) طبيعة خطاب النوايا:

- لاتوجد طبيعة قانونية واحدة لخطابات النوايا، حيث تختلف القيمة القانونية للخطاب بحسب نوعه وصياغته والعبارات والألفاظ التى يتضمنها.

- أن خطاب النوايا عملا إرادياً عابرا للحدود فى مجال المعاملات الدولية، يرمى مصدره، غالبا، إلى مجرد دعوة الآخرين للتفاوض على العقد المزمع إبرامه، فهو لايتضمن بداهة العزم النهائى على التعاقد لأن صاحبه لايعلن عن إرادته الباته فى ذلك، ولايرغب الأطراف فى التحمل بالتزامات معينة لمجرد تحرير خطاب النوايا، بل يظل المبدأ العام قائما فيما يتعلق بحرية المفاوضات، دون تقيد الأطراف بقيود معينة، وتظل الإرادة حرة طليقة لاتفرض إلتزاما على مصدر الخطاب.

- يتضح من ذلك أن خطاب النوايا ليس قيمة تعاقدية ولايلزم صاحبه، بل مجرد نية ويتجرد من كل قيمة قانونية، ومع ذلك يمكن أن تثور المسئولية التقصيرية والتعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالواجب الأساسى بمراعاة حسن النية فى مرحلة المفاوضات والانحراف عن السلوك الطبيعى للشخص المعتاد.[2]

- ويمكن أن يأخذ خطاب النوايا شكلاً إلزامياً إذا تضمن التزامات محددة، أو كشفت عباراته عن اتفاق على مسائل معينة، هنا نكون بصدد اتفاق مبدئى un accord de principe يحدد إطار عملية التفاوض ومبادئها، مثل الالتزام بالمحافظة على السرية ومواصلة المفاوضات بحسن نية، وتترتب المسئولية عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه.

---

(١) J. Schmidt, Negociation et conclusion de contrats, D.F.C.I. 1983, p. 239.

(٢) M. Fontaine, les letters d'interntion dans la négocitation des contracts internationaux, op. cit. p. 211

- وينبغى توخى الحذر الشديد عند صياغة خطاب النوايا، حيث يجب إستخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدل بشكل قاطع على أن الأمر يتعلق بمجرد دعوة إلى التفاوض لاتحمل أى جانب إلزامى لمصدرها، ويجب أن تكون العبارات الواردة فيه مرنة وقابلة للإضافة أو التعديل، ولا تشكل إيجاباً ملزما لصاحبها حتى لايجد نفسه مرتبط بالعقد أو بالتزام قانونى رغم إرادته. أن أسلوب صياغة خطاب النية هو الذى يجعل منه ملزماً أو غير ملزم لمن أصدره.

- ولكى يظل خطاب النوايا خارج دائرة الإلزام يجب الحرص على عدم إستخدام ألفاظ أو عبارات تفيد الإلتزام، بل كلمات عامة مثل من المستحب أو من الملائم، وحرية كل طرف فى إجراء مفاوضات موازية مع طرف آخر، وأن الخطاب ليس له قوة ملزمة.

- يتولى تحرير خطابات النوايا، فى أغلب الأحيان، المسئولون التنفيذيون فى المشروعات من مديرين ومهندسين، دون الاستعانة برجال القانون، لذا تأتى الصياغة مشوبة بالغموض والتناقص نتيجة عدم إدراك الفهم القانون للألفاظ والمصطلحات المستخدمة، وهو ما يلقى على عاتق رجل القانونى عبئا ثقيلاً فى سبيل التعرف على الطبيعة القانونية لخطاب النوايا، بل أن ترك صياغة مستندات خطابات النوايا لغير المتخصصين يمكن أن يكلف كثيرا أطراف العقد الذين لايرغبون فى التحمل بالتزامات معينة لمجرد تحرير خطاب النوايا.[1]

(١) أحمد شرف الدين، عقود التجارة الدولية، ش٢٠٠١، ص ٧٤.

المبحث الرابع
تنظيم التفاوض

(أ) مبدأ حرية التفاوض:

الأصل هو حرية الأطراف فى الدخول فى المفاوضات بهدف إبرام العقد، ولكل طرف حرية استكمال التفاوض أو التوقف دون الوصول إلى اتفاق، حيث يستقر مبدأ حرية العدول دون المسئولية عن متابعة المفاوضات. وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً ولا يترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى، وأن كل متفاوض حر فى قطع المفاوضة أو العدول عنه فى الوقت الذى يريد، دون أن يتعرض لأية مسئولية إلا إذا اقترن بالعدول خطأ تحقق معه المسئولية التقصيرية، ونشأ عنه ضرر للطرف الآخر. (١)

(ب) عقد التفاوض:

الأصل أن تتم المفاوضات بحرية بين الأطراف دون وجود اتفاق على تنظيمها أو إطار يبين التزامات على أطرافها، ولكن قد يلجأ المتعاقدان إلى الارتباط باتفاق يحدد التزامات كل طرف من حيث بدء المفاوضات وتنظيم سيرها بحسن نية، دون أن يتضمن التزاماً بإبرام العقد النهائى. ويتم صياغة هذا الاتفاق غالباً فى صورة مكتوبة كوسيلة لإثبات التفاوض عند الإنكار، وتيسر إقامة الدليل على المسئولية العقدية لمن يخل بالالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق، وبصفة خاصة عند الخروج على مقتضيات حسن النية أثناء التفاوض.

ويطلق على اتفاق التفاوض فى الحياة العملية تسميات عديدة، أهمها: الاتفاق المبدئى L'accord de pricipe، وعقد التفاوض Contrat de négociation، واتفاق التفاوض Accord de négociation. (٢)

---

(١) نقض ١٩٦٧/٢/٩، ص ٣٣٤.

(٢) B. Lassalle, les pourparlers, R.R.J., 1994, p. 825.

أن الاتفاق على التفاوض لايلزم الطرفين بإبرام العقد النهائى، بل يحتفظ كل طرف بكامل حرية العدول عن المفاوضة دون التعرض لأية مسئولية طالما أن عدوله قد تم بحسن النية، ذلك لأن الالتزام بالتفاوض هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.

ويكشف الواقع العملى عن تفاوت مضمون اتفاق التفاوض من حالة إلى أخرى، فقد يكتفى الأطراف بتقرير الاتفاق على البدء فى التفاوض، وقد يتم النص على بعض الالتزامات التى تحكم سير العملية التفاوضية، مثل الالتزام بالتعاون والأعلام وحسن النية. وبالإضافة إلى تلك المبادئ العامة قد يتضمن الاتفاق التزامات إضافية لضمان حسر سير المفاوضة وتفادى ماقد يصاحبها من مشاكل، مثل تنظيم المفاوضات، من حيث الزمان والمكان والنفقات، وحظر إجراء مفاوضات متوازية مع الغير، وبيان شروط العدول عن التفاوض والمسئولية عن ذلك. (١)

(جـ) خصائص عقد التفاوض:

عقد التفاوض هو توافق شخصين أو أكثر على الالتزام بإجراء مفاوضات على عقد معين بغرض التوصل إلى إبرامه، ومن ثم فهو يتميز بالخصائص الآتية:

١ـ عقد رضائى غير مسمى:

يتم بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانونى منه، ويتضمن الأركان اللازمة لكل عقد بوجه عام، وهى التراضى والمحل والسبب، فيكفى

---

(١) Marc'.andis, la libre, negociation 2004, p. 185.
ويتضمن عقد التفاوض، عادة، عدة شروط تتعلق بتنظيمه مثل: الالتزام بعدم الدخول فى مفاوضات موازية Engagement d'exclusivité، والالتزام بالسرية Engagement de secret، والالتزام بمدة التفاوض Engagement aux delais de negociation. وتنظيم تحمل نفقات الدراسة التمهيدية Organisation et remboursement du cout des etudes préalables وتحديد من يتحمل مصاريف المفاوضات Prise en charge de cout de la négociation والتصريح بالبدء فى الأعمال Autorisation de engager les travuaux.

توجيه دعوة للتفاوض (إيجاب) ويتم قبولها من طرف آخر قبولا مطابقا، وأن يكون كل طرف أهلا للتفاوض وإرادته خالية من العيوب. ومحل العقد هو محاولة التوصل إلى إبرام العقد النهائى وتحقيق كل طرف لمراده منه وهو باعث صحيح طالما أن العقد المتفاوض بشأنه مشروع. ويتم التعبير عن الرضاء بالدخول فى التفاوض باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو بطريقة ضمنية أو بالوسائل الإلكترونية الحديثة.

وعقد التفاوض من العقود الحديثة غير المسماه، حيث لم يضع له القانون تنظيما معينا، وقد خلت غالبية النظم القانونية المعاصرة من قواعد تنظيمية لذلك العقد الذى بدأ يحتل مكانة هامة فى الواقع العملى على الصعيدين المحلى والدولى، وحظى بالكثير من الدراسات الفقهية بعد أن ترددت أصداءه فى جنبات المحاكم.

٢- عقد تمهيدى:

فهو من قبيل الاتفاقات التمهيدية Avant contrats التى تسبق العقد النهائى وتؤدى إليه،[١] أى أننا بصدد اتفاق تمهيدى Préliminaire أو تحضيرى Preparatioire ، حيث تبدأ بموجبه مسيرة المفاوضات تمهيدا لإبرام العقد النهائى، ويتم تنظيم العلاقة التفاوضية على نحو يحقق مصالح الأطراف فى التوصل إلى إتمام العقد النهائى.

وهذا الاتفاق لاينشئ على عاتق طرفيه سوى الالتزام بالتفاوض طبقا للقواعد الواردة فيه، وهو مجرد التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، ومن ثم لايوجد أى التزام بضرورة الوصول بالمفاوضات إلى نهايتها وإبرام العقد المراد، حيث يظل ذلك مجرد احتمال يتوقف تحققه على الظروف والمعطيات التى تحكم المصالح المشروعة لكل طرف. ولاتقوم المسئولية على أى منهما، مهما أصاب الآخر من أضرار من جراء عدم إبرام العقد، طالما خلا مسلكهما من التدليس والخداع وكل مايتنافى وحسن النية. ويمكن أن تثور المسئولية

---

(١) M. Geninet, Theorie generale des avant-contrats en droit prive, 1985, p. 295.

العقدية فى حالة الإخلال بشروط التفاوض أو التوقف بصورة مفاجئة دون مبرر مشروع، أو عدم إبداء الشفافية اللازمة أو التعاون المطلوب.[١]

والاتفاق على التفاوض لايخول أياً من طرفيه حقاً نهائياً له طبيعة مالية، وليس هناك سوى الالتزام بالتعويض عن الضرر الذى يصيب أى من الطرفين من جراء إخلال أحدهما بالتزاماته التفاوضية. ولا ينشئ هذا الاتفاق حقاً عينياً يقيد من سلطات المالك على الشئ موضوع التفاوض، كما لا يصلح أساساً لتوقيع الحجز التحفظى أو التنفيذى على هذا الشئ.[٢]

٣ـ عقد مؤقت: Contrat-Temporaire

ينشئ التزامات مؤقتة على عاتق الطرفين أو أحدهما لتنظيم العلاقة التفاوضية بينهما، فهو لايوجد إلا لمدة محددة، وهى المدة التى تستغرقها المفاوضات، وعند انتهاءها بإبرام العقد النهائى من عدمه يزول كل أثر لعقد المفاوضة.

إن العقود الهامة قد تستغرق فترة طويلة من المفاوضات بسبب الكثير من الصعوبات التى يمكن أن تعرقل سيرها، لذلك يلجأ الأطراف إلى إبرام عقود مؤقتة Provisoire بهدف تنظيم التفاوض على العقد النهائى المنشود، ومن ثم تكون محددة زمنياً بفترة التفاوض بحيث تنقضى بانتهاء هذه الفترة.

يكون اتفاق التفاوض عادة غير محدد المدة، حيث لايحدد الطرفان غالباً تاريخاً معيناً تنتهى عنده المفاوضات، إلا أنه ليس هناك مايمنع من تحديد مدة معينة للتفاوض.[٣]

٤ـ عقد التفاوض ليس وعداً بالتعاقد أو بالتفضيل:

إن الوعد بالتفضيل لايلزم الواعد بالتفاوض مع الموعود له بالفعل، بل يلزمه بتفضيله عن غيره لكى يتفاوض معه عندما يقرر الواعد إبرام عقد معين

---

(١) Najar, L'accord de pricipe,

(٢) محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقى للمفاوضات العقدية، ١٩٩٨، ص ١١١.

(٣) Mousseron. La durée dans la formation des contrats, Mell. Jauffret, p. 509.

فى المستقبل. أما اتفاق التفاوض فيكون ملزماً للطرفين بالتفاوض حول العقد النهائى.

أما الوعد بالتعاقد فينبغى أن يتضمن توافق الأطراف على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها، والوعد قد يكون ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين. وينعقد العقد النهائى الموعود به بمجرد إظهار الموعود له رغبته فى التعاقد خلال المدة المحددة دون حاجة لأى إجراء آخر. وإذا نكل الواعد بوعده كان للقاضى أن يحكم بإنعقاد العقد النهائى، ويقوم الحكم مقام ذلك العقد. (١)

ويختلف الأمر بالنسبة لعقد التفاوض، فهو ملزم للطرفين، ولايتضمن بياناً بالشروط الجوهرية للعقد النهائى، ولاينعقد هذا العقد لمجرد إعراب أحد الطرفين عن رغبته فى ذلك بل يلزم تراضى جديد من الطرفين على عناصره وشروطه، وفى حالة نكول أحدهما عن التفاوض لايسوغ للقاضى الحلول محله فى إبرام العقد، ولايكون أمام الطرف المضرور سوى الرجوع عليه بالتعويض طبقاً لقواعد المسئولية العقدية.

(د) بروتوكول التفاوض: Protocols for Negotiation

يلجأ الأطراف عادة إلى إبرام البروتوكولات الإتفاقية، خلال مرحلة التفاوض، بالنسبة للعقود الكبيرة المركبة، وهى عبارة عن وثائق يكتفى فيها المتفاوضون بتسجيل الاتفاق على الإطار العام للعقد المراد إبرامه، دون التطرق إلى الشروط التى تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات أو إلى غيرها من الشروط المكملة. (٢)

البروتوكول الاتفاقى يتضمن عادة أغلب عناصر العقد النهائى عدا بعض الشروط المتعلقة بالتنفيذ، ولذلك فهى لاتبرم إلا فى مرحلة متقدمة من

---

(١) رجب كريم عبد اللاه، ص ٣٠٩.
(٢) مصطفى الجمال، السعى إلى التعاقد فى القانون المقارن، ٢٠٠١، ص ٣١٢.

المفاوضات، ولها شكل نموذجى،[1] ويتم تحديد عناصرها بمعرفة الطرفين اللذين يوقعان عليها فى آن واحد. ويتم اللجوء إليها لتأكيد الجدية فى التعاقد وإبراز النية الحقيقية للطرفين فى الوصول إلى العقد النهائى.

وهو يعتبر بمثابة عقد حقيقى ملزم للجانبين، حيث يحمل فى طياته الشروط الأساسية للعقد النهائى المنشود، ولا تختلف الآثار التى تتولد عن البروتوكول عن آثار أى عقد آخر، وتكون المسئولية الناشئة عنه ذات طبيعة عقدية، وهو يمثل عقداً ملزماً قائماً بذاته ينشئ من الالتزامات مايحقق مضمونه، وهو مايتحقق بالإلتزام بالتفاوض على العناصر المتبقية، وتتحقق المسئولية عن هذا العقد فى حالة النكول عن التفاوض دون مبرر مشروع، وعند العدول عن المسائل الجوهرية التى تم الاتفاق عليها.[2]

(هـ) الاتفاقيات المرحلية عبر التفاوض:

قد ينطوى العقد المراد إبرامه على العديد من الجوانب الصعبة والمعقدة، ويحدث ذلك، غالباً، فى العقود الهامة والمركبة، لذلك يفضل الأطراف أحياناً، التفاوض بشأنها على عدة مراحل متتابعة، ويتم إبرام إتفاق مرحلى فى نهاية كل مرحلة تفاوضية يتضمن النقاط التى تم الاتفاق عليها فى تلك المرحلة، حتى لايعود الطرفان إلى مناقشتها مرة أخرى، ويعد ذلك خطوة فى اتجاه العقد النهائى لأنه يتضمن جزءاً من شروط هذا العقد تم الاتفاق عليها بالفعل، لذا فهو إتفاق جزئى Accord partiel.[3]

والواقع أننا بصدد تكوين تدريجى للعقد، وتلك الطريقة شاع تداولها فى العقود والمعاهدات الدولية تحت مصطلح Punctiation . ويتم ذلك بصدد المشاكل المستعصية والمعقدة، حيث يفضل الأطراف تجزئتها وتناولها على

---

(١) ويطلق عليها البعض مصطلح عقد الإطار Le Contrat-Cadre.
Sayage, le Contrat-Cadre, 1994.

(٢) F. laberthe, la notion de document Contractuel, 1994, p. 136.

(٣) جمال فاخر الفكاس، العقود والاتفاقات الممهدة للتعاقدة، مجلة الحقوق بالكويت س ٢٠، ١٩٩٦.

مراحل أو جولات مستقلة، وقد يتم تقسيم المتفاوضين إلى فرق صغيرة يتولى كل فريق منها التفاوض بشأن مسألة معينة، وعند التوصل إلى إتفاق بشأنها يتم تدوينه فى محرر خاص.(١)

والاتفاق المرحلى أو الجزئى قد يكون جزءاً من عقد واحد يسعى الأطراف لإبرامه مثل عقود نقل التكنولوجيا، وقد يكون جزءاً من مجموعة عقود Groups de Contrats ذات طبيعة واحدة أو مختلفة، تترابط أو تتكامل فيما بينها لتحقيق هدف اقتصادى واحد، على نحو يصعب مواجهة كل عقد استقلالاً عن باقى عقود المجموعة.

وغالباً ماتتكون مجموعة العقود من عقد رئيسى وعدة عقود ثانوية مكملة له، مثل عملية التأجير التمويلى، حيث تضم عقداً رئيسياً هو الإيجار تتبعه عقود ثانوية مكملة وهى التوكيل بالشراء، والوعد بالبيع من جانب واحد.

وتضم مجموعة العقود أحياناً عدداً من العقود المتكاملة، مثل عقد تسليم المفتاح، الذى يتكون من عدة عقود، هى: إقامة الأبنية (عقد مقاولة)، ونقل التكنولوجيا وتوريد الآلات والأجهزة (عقد بيع)، وتركيب الآلات (عقد استصناع)، وتدريب العاملين (عقد من نوع خاص).(٢) وقد نوجد أمام سلسلة عقود Chaine de contrats تتوالى على نفس الشئ، مثل عقد النقل المتتابع بوسائل مختلفة أى النقل متعدد الوسائط، حيث يتم نقل بضاعة معينة بين دولتين عن طريق عدة وسائل مما يستوجب إبرام عقد نقل برى وآخر بحرى وثالث جوى.

ويتم التفاوض، فى الغالب، على مجموعة العقود، فى عدة مراحل. ويمكن أن يتوصل الطرفان فى إحداها إلى إتفاق بشأن عقد معين، أو الشروط

---

(١) تتنوع المسميات التى تطلق على مثل هذه الاتفاقيات الجزئية مثل (مذكرة التفاهم Memorandum of Unerstanding) أو (بروتوكول إتفاق Protocol of agrement)، أو (اتفاق الجنتلمان Gentlemen's agreement).

(٢) محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح ص ٢٦.

المشتركة بين هذه العقود، ثم تستمر المفاوضات بعد ذلك للاتفاق على باقى الشروط أو العقود.

ويثور التساؤل حول القيمة القانونية للاتفاق المرحلى؟

يحرص الأطراف عادة على بيان ذلك، فقد يُنص فى هذا الاتفاق على أنه لايكفى بذاته لانعقاد العقد النهائى، بل يلزم التوصل إلى اتفاق بشأن المسائل المؤجلة الباقية قيد المناقشة، وقد يعتبر الطرفان الاتفاق المرحلى كافياً بذاته لانعقاد العقد النهائى، بصرف النظر عن بقاء بعض المسائل التفصيلية محل خلاف، حيث يتم إرجاءها لاتفاق لاحق أو لحكم القواعد العامة أو لقرار التحكيم. [١]

وفى حالة عدم بيان الأطراف للقيمة القانونية للاتفاق المرحلى، فإنه ينبغى التفرقة بين ما إذا كان الاتفاق المرحلى جزءاً من عقد واحد، أم جزءاً من مجموعة عقود.

إذا توصل المتفاوضان بشأن عقد محدد إلى الاتفاق على المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة. [٢]

وإذا توصل المتفاوضان إلى إتفاق مرحلى بشأن عقد ضمن مجموعة عقود، فإن هذا العقد يكون قد تم ودخل حيز التنفيذ طالما أن الطرفين لم يعلقا نفاذه على إبرام العقود الأخرى، التى يحتفظ كل عقد فيها بذاتية خاصة مستقلة، مثل عقود النقل المتتالية.

---

(١) Ghestin, la formation du contrat, 1993, p. 318.

(٢) م ٩٥ من القانون المدنى. وهذا ماتأخذ به قرارات التحكيم فى مجال التجارة الدولية، حيث اعتبرت ذلك من المبادئ العامة لفكرة الـ Lex merctoria .
F. Osman, les pricipes généraux de la lex mercatoria, p. 106.

وإذا تم الاتفاق على العقد الرئيسى دون العقد الثانوى، فإن الاتفاق يكون نافذا لأنه يمكن الاستغناء عن الأخير نهائيا أو مؤقتا. أما إذا ورد الاتفاق على العقد الثانوى فإنه لايكون نافذا بل يظل معلقا على إبرام العقد الرئيسى، لأن الأول تابع للثانى فيرتبط به وجودا أو عدما. (١)

(و) طبيعة الوثائق المتبادلة والاتفاقات المرحلية:

هناك العديد من الاعتبارات التى تحرك الأطراف فى مرحلة التفاوض أو ماقبل التعاقدية، فهناك الرغبة فى امتلاك الحرية وعدم الارتباط بأية قيود فى تلك المرحلة التى يسعى فيها الأطراف إلى مناقشة الشروط التعاقدية والوصول إلى أفضل النتائج بصدد إبرام العقد النهائى. وهناك الرغبة فى تأمين المفاوضات وتفادى مخاطرها والوصول بها إلى الغاية المرجوة، حتى لاينتهى الأمر إلى ضياع الوقت والجهد والمال دون جدوى.

ويكشف الواقع العملى فى مجال المعاملات الدولية عن وجود العديد من الكتابات والوثائق المتبادلة بين الأطراف، مثل خطابات النوايا، هذا بالإضافة إلى إبرام العديد من الاتفاقات المرحلية أو التمهيدية أو الجزئية، كما عرضنا بالتفصيل من قبل.

ولكن الصعوبة الحقيقية تكمن فى تحديد مضمون تلك الوثائق والاتفاقات وطبيعتها القانونية وماقد ينجم عنها من آثار بسبب الاختلاف على تكييفها وتغاير مسمياتها من جهة واختلاف نظرة القوانين المطبقة من جهة أخرى.

فهناك خطاب النوايا Lettre d'intention-letter to intent ، والبروتوكول الاتفاقى Protocal d'accord . واتفاق الشرفاء Gentlemen's agreement-engagment d'honneur. ويجرى استخدام هذه المسميات فى مجال المعاملات الدولية ولكن مضمونها لايطابق نظام قانونى محدد، مما يضفى عليها الكثير من الغموض وعدم اليقين Incertitude الذى يضر فى الواقع بالمتعاقدين، مما

(١) رجب كريم عبد اللاه ، ص ٥٤٣.

يستوجب أهمية تحديد مضمون الوثائق المختلفة المتبادلة فى تلك المرحلة، وينبغى تحرى الدقة فى هذا المجال.

إن كل من المسميات السابقة يمكن أن يتضمن أو يشير إلى الوثيقة كاتفاق حقيقى بين الأطراف على نقاط محددة، ويتوقف التكييف الخاص بها على النظام القانونى الذى يحكم علاقة الأطراف أى القانون الواجب التطبيق، حيث يبين لنا عما إذا كنا بصدد التزام تعاقدى أم لا، وهل الالتزام بمجرد بذل عناية أم بتحقيق نتيجة.

ومن الجدير بالذكر فى هذا المجال أن القاضى، فى أغلب النظم القانونية المعاصرة، لايكون ملزماً بالتكييف الذى يضفيه الأطراف على وثائقهم، ولايتردد فى إعادة تكييفها طبقاً لمضمونها، لذلك فإنه من الأهم بالنسبة للأطراف عدم التوقف كثيراً عند التكييف، بل تحديد المضمون الفعلى للوثيقة لمعرفة نطاق التزاماتهم.

والواقع أن الوثائق المتبادلة فى المراحل التمهيدية للعقد، إما أن تتضمن إلتزاماً معيناً، وهنا تكون ذات طبيعة عقدية، وإما لاتتضمن أى التزام. ومن ثم تظل خارج النطاق العقدى، وتخضع لأحكام المسئولية التقصيرية.

ولحسن الحظ فإنه يوجد شبه توافق تام على الصعيد الدولى على فكرة العقد القائمة على تقابل الإرادات، ولكن الخلاف يكمن بين البلاد المختلفة حول زمان إنعقاد العقد إنطلاقاً من لحظة تحديد تقابل هذه الإرادات.

لكل ذلك تبدو أهمية إختيار المصطلح القانونى المناسب عند تحرير الوثائق المتبادلة لأن المصطلحات المستخدمة لايتم تفسيرها بنفس الطريقة على صعيد النظم القانونية المختلفة، ويتعين على الأطراف بذل جهد أكبر للإعراب عن نواياهم الحقيقية فيما يتعلق بالتراضى على العقد، ذلك أن الخطأ فى استخدام المصطلح يمكن أن يحرم الإرادة من مرادها، ويؤدى إلى ضياع الأثر القانونى الذى يبتغيه مُصدر الوثيقة من وراءها، ولاينبغى أبداً التعويل على العنوان المعطى لها لأن القاضى يملك دائماً سلطة إعادة تكييفها إنطلاقاً من مضمونها.

مثال ذلك إتفاق الجنتلمان أو التزام الشرف Engagement sur l'honneur الجارى التعامل به فى مجال المعاملات الدولية، حيث يختلف القضاء، فى النظم القانونية المختلفة بصدد الطبيعة التعاقدية له مـن عدمـه. وكذلك الحـال بالنسبة لخطاب النوايا، حيث قد يكون مجرد وسيلة للإعلام أو الدعوة للتعاقد، وقد يمثل إيجاباً حقيقياً صادراً من محرره وينعقد به العقد عند مايصادف قبولاً مطابقاً. (1)

(1) Kint, Negociation et conclusion du contratm p. 89.

المبحث الخامس
الالتزامات والمسئولية فى مرحلة التفاوض

نعرض لأهم الالتزامات المفروضة فى مرحلة التفاوض، ثم نبين أحكام المسئولية فى هذه المرحلة وطبيعتها.

المطلب الأول
الالتزامات المفروضة فى مرحلة التفاوض

(أ) مفهوم:

أمام خلو التقنينات المدنية الحديثة من نصوص لتنظيم مرحلة التفاوض، ترك الأمر لاجتهاد الفقه والقضاء. واستقر الجميع على وجود الالتزام بالتفاوض بحسن نية، أى أن يتسم سلوك المتفاوض بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة، وأن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها أو إتباع أسلوب الحيلة والمراوغة بغية الأضرار بالطرف الآخر.

ويقتضى تنفيذ هذا الالتزام الأساسى وجوب احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه وتقوم بجواره، حتى يتم التفاوض على أكمل وجه، وتتمثل تلك الإلتزامات فى التعاون والنصح والإعلام والمحافظة على الأسرار.(١)

(ب) الإلتزام بالتعاون: L'obligation de coopération

إن التزام المتفاوض بالتعاون يعتبر إلتزاماً أساسياً، حيث ينبغى أن يحدد أغراضه وأهدافه من العقد الساعى إليه والإحتياجات الفعلية لديه، ويبدو ذلك بوضوح فى كافة العقود الفنية مثل برامج الحاسب الآلى، ولو احتاج الأمر الاستعانة بخبير أو الاستعلام لدى الشركات المتخصصة. ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية فى هذا الشأن. وقضى بأن تقصير العميل فى التحرى والاستعلام الذى يؤثر على اختياراته ويؤدى إلى حصوله على

(١) R. Schlosser, les lettres d'intention, 2000, p. 36.

أجهزة لاتتناسب مع إحتياجاته الحقيقية يؤدى إلى انعقاد مسئوليته عن الإخلال بالتزامه.[1] ويتحمل العميل مسئولية تقصير المقاول فى إنجاز مهمته متى ثبت أن هذا التقصير راجع لإخلال العميل بالتزامه بالتعاون.

ويظل الإلتزام بالتعاون قائماً طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولاتندرج صور التعاون تحت حصر، فكل مايحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض والجدية فى مناقشة العروض المقدمة.

(جـ) الإلتزام بالإعلام: Obligation de renseignements

يتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل مالديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض، حتى تستنير إرادة المتعاقدين. ويجب الإدلاء بكافة المعلومات طالما لها أهميتها فى التعاقد، وذلك دون تورية أو كتمان، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة.[2] ويزداد حجم هذا الإلتزام بالنسبة للطرف المحترف.

فإذا تعلق الأمر بمنتجات صناعية وجب تقديم وصف كامل عن مكوناتها وأوصافها وملحقاتها وبياناتها المتعلقة بالوزن والمقاس وبلد وسنة الصنع وطريقة الإستعمال وأساليب الحفظ والصيانة. وتقديم بيانات كافية وموضوعية وصحيحة للمتفاوض ولفت نظره إلى خصائص الشئ محل التعاقد.

(د) الالتزام بالنصح Conseil والتحذير Mise en garde:

تبدو أهمية هذا الالتزام بصدد العقود التى يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الآخر بسبب تفاوت الخبرة، ولاشك أن ذلك ينطبق على كافة العقود محل الدراسة، نظراً لسرعة التطور والتعقيدات الفنية المتلاحقة. ولاشك فى

---

(١) Com. 7 Jan. 1997 G.P. 1998. 1.54 note Godet.

(٢) Civ. 20 dec. 1995. D. 1996, p. 32.

قيام هذا الإلتزام على عاتق المتفاوض المحترف بالنسبة للطرف الآخر، حتى يبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية الفنية والمالية.[1]

والواقع أن هذا الإلتزام يتوقف على ضوء الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض والنظر إلى خبرتهم وإمكانياتهم، فالقضاء يتشدد فى هذا الإلتزام بالنسبة للمحترف فى مواجهة عدم خبرة الطرف الآخر وعدم علمه بالتفاصيل الفنية، وكذلك الحالات التى يثبت فيها علم الشخص بإحتياجات الطرف الآخر، ويضيق الإلتزام بالنصيحة عند إجراء الصفقة مع طرف آخر أكثر خبرة من الشخص العادى.[2]

والإلتزام بالتحذير أو لفت الإنتباه لكل مايستدعى ذلك فى محل العقد، هو إلتزام مكمل للإلتزام بالتبصير أو الإعلام، ينطبق بالدرجة الأولى على التعامل فى الأشياء التى تنطوى على مخاطر تهدد أمن وسلامة الشخص، سواء بطبيعتها (مواد متفجرة مثلاً) أو بسبب دقة تشغيلها مثل الآلات الميكانيكية، ونفس الشئ بالنسبة للمعدات التى يحتاج تشغيلها لخبرة خاصة وإلا تعرضت للتلف وأدت نتائج معاكسة، كأجهزة الحاسب الآلى.[3]

(هـ) الالتزام بالمحافظة على الأسرار Obligation de confidentialite:

يلتزم المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التى يطلع عليها أثناء التفاوض، حيث قد تقتضى المفاوضات إفضاء أحد الطرفين للآخر ببعض أسراره الهامة الفنية أو المهنية، حتى ولو لم تكن هذه الأسرار تحظ بالحماية القانونية.[4] مثل التكنولوجيا Technologie وهى التطبيقات القائمة على مبادئ علمية وتستخدم فى إنتاج السلع والخدمات، والمعرفة الفنية Le savoir faire أو Know-how وأسرار الأعمال.

---

(١) Le Tourneau. L'obligation de renseignement ou de consil, D. 1987, p. 101.

(٢) Paris 27 mars 1984 D. 1984 D. 1985. 1.42, abs. Huet.

(٣) Com. 3 déc. 1985, B.C. IV, 284.

(٤) C.A. Reims, 11 déc. 1990, Expertise 1993, 155 Huet, Violation de la confidentialité des négociations, les petites affichers 1990, p. 4.

المطلب الثانى
صور الخطأ فى التفاوض

ينبغى أن يسود مبدأ حسن النية فى التفاوض، فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة هذا المبدأ فإنه يكون مخطئاً وتثور مسئوليته المدنية، ولعل أهم التطبيقات فى هذا المجال هى:

١ـ قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع : من المتفق عليه إن المفاوضات ترتكز على مبدأ الحرية، حيث يتمتع المتفاوض بمطلق الحرية فى الدخول فى المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها وإختيار الأسلوب المناسب لها، وذلك إعمالا لمبدأ حرية التعاقد الذى يهيمن على المرحلة قبل العقدية(١). ولا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذى ينبغى أن يسود العملية التفاوضية. ومن ثم يتعين على المتفاوض أن يمارس حريته فى قطع المفاوضات Rupture des Pourparlers بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية، ويقتضى ذلك الاستمرار فى التفاوض الجاد بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائى، وألا يقطع المفاوضات إلا إذا استند إلى مسوغ مشروع، أى وجود سبب موضوعى يدعو إلى ذلك. فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع(٢)، فإن قطع التفاوض يكون خاطئا لمنافاته لقواعد حسن النية والأمانة فى التفاوض، أما إذا وجد المبرر، فإن القطع لايعتبر خطأ حتى لو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر. ومن أمثلة المبرر عدم مناسبة العرض المقدم أو تلقى عرضاً آخر أفضل.

ومن أمثلة الإنهاء التعسفى Rupture abusive للتفاوض؛ قطع المفاوضات بصورة مفاجئة وبقرار منفرد دون مبرر مشروع،(٣) رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة ويعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق

---

(١) ويمكن قطع المفاوضات فى أى وقت بقرار من الإرادة المنفردة:
Cass.com. 11 Jan. 1984, Bull, civ. IV, n 16.

(٢) Sans Raison légtime-Rupture sans motif sérieux, cass. 22 fév. 1994, R. Jur.com. 1996 p. 105 note karimi.

(٣) Cass. Com. 20 mars 1972, J.C.P. éd. G. 1973, 11. N17543.

مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد،[1] وتعمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر فى حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضة، حيث يتعين مكاشفة المتفاوض بالرغبة فى إنهاء التفاوض فى الوقت المناسب.[2]

٢- إستفزاز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات: يلجأ الشخص الراغب فى إنهاء التفاوض إلى هذا الأسلوب حتى ينأى بنفسه عن المسئولية، فيستمر ظاهرياً فى المفاوضات، إلا أنه يتخذ مواقف وأساليب غير مقبولة تستفز الطرف الآخر وتحمله على إنهاء المفاوضات.

٣- مخالفة الالتزامات التفاوضية: التى يفرضها مبدأ حسن النية وهى كما رأينا الإلتزام بالإعلام والنصح والتحذير والتعاون.

٤- إفشاء الأسرار التى تم الإطلاع عليها أثناء التفاوض أو استغلالها دون إذن الطرف الآخر.

٥- السلوك الخاطئ فى التفاوض: لاشك أن إنحراف المتفاوض عن السلوك المألوف يعتبر خطأ، كما لو لجأ إلى الغش، أو تعمد الإضرار بالطرف الآخر. ومن أمثلة ذلك مفاوضات التجسس، حيث يدخل الشخص التفاوض دون أن تكون لديه أى نية فى التعاقد، وإنما هدفه الوحيد معرفة أسرار الطرف الآخر والإطلاع على أفكاره.[3] ومفاوضات الإعاقة التى ترمى إلى مجرد تعطيل الطرف الآخر وصرفه عن إبرام صفقة أخرى. ومن التطبيقات أيضاً: السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة فى التعاقد بقصد الأضرار بالمتفاوض الآخر حيث يعد ذلك من قبيل الغش والتدليس.[4] والتشهير بالمتفاوض الآخر والإساءة إلى سمعته، كما لو أشاع فى بعض الأوساط أن قطع التفاوض مرجعه وقائع تمس بمركز وشرف الآخر.

---

(١) C.A. Riom 10 Juin 1992, R.J.D.A. 1992 n893.

(٢) C.A. Paris 29 sep. 1995. Inform. Et Telecoms. 1997, p. 176.

(٣) انظر مثالا لذلك نقض ١٩٦٦/١/٢٧ س ١٧ ص ١٨٢.

(٤) م ٢/١٢٥ مدنى.

إثبات الخطأ في التفاوض: الأصل هو حرية التفاوض أو سلامة المركز القانوني للمتفاوض، وعلى من يدعى الخطأ فى جانبه إثبات ذلك، فالمضرور يلتزم بإثبات خطأ المتفاوض. ويجوز إثبات واقعة التفاوض بكل طرق الإثبات.(١)

المطلب الثالث
طبيعة المسئولية عن التفاوض

القاعدة أن المفاوضات مجرد أعمال مادية Faits Juridiques غير ملزمة، ولا يترتب عليها فى ذاتها، أى أثر قانونى، ولا تنشئ على عاتق الطرفين أى إلتزام، فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة دون مسئولية، وهو غير مطالب بتقديم مبرر لإنسحابه، فالعدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سببا للمسئولية، إلا إذا كان متعسفاً فى الإنسحاب أو صدرت منه أفعال تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو تشكل سلوكاً خاطئاً، هنا تثور مسئوليته التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات هذا الخطأ.(٢)

وتعبر محكمة النقض عن ذلك المبدأ بقولها: إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لايترتب عليها بذاتها أى أثر قانونى. فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد، دون أن يتعرض لأية مسئولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يرتب هذا العدول مسئولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسئولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض. وفى هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو

---

(١) انظر مؤلفنا فى الإثبات التقليدى والإلكترونى، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

(٢) Lassalle, les pour parlders, R.R.J. 1994, p. 827.
يسلم الفقه والقضاء فى ألمانيا وسويسرا، تأثرا بنظرية الفقيه إهرنج عن الخطأ فى تكوين العقد، بأن هذه المسئولية قبل العقدية ليست تقصيرية، بل هى نوع خاص من المسئولية المدنية، شبه عقدية Quasi Contractuell تطبق عليها قواعد المسئولية العقدية.
Pédamon, Le Contrat en droit allemand, L.G.D.J. 1993, p. 40.

المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسئولية التقصيرية.[1]

يلجأ الأطراف، أحياناً، قبل الدخول فى المفاوضة، إلى إبرام إتفاق على التفاوض Accord de négociation لتنظيم العلاقة بين الطرفين خلال تلك العملية، أى تحديد الحقوق والإلتزامات أثناء سير المفاوضات وعند فشلها. ويحدث ذلك لتحقيق الإستقرار والأمان وضمان الجدية بمناسبة التفاوض على العقود المرتفعة القيمة، حيث يستلزم ذلك الجهد والمال والدراسات من أجل الإعداد الجيد للعقد.

إن هذا الاتفاق يلزم الأطراف بالدخول فى المفاوضات والإستمرار فيها بحسن نية، ولا يعنى الإلزام بإبرام العقد النهائى، لأن الإلتزام بالتفاوض هو مجرد بذلك عناية وليس تحقيق نتيجة، ومن ثم يكون لكل طرف حرية العدول البعيد عن سوء النية، حيث يخضع لنفس القواعد والالتزامات السابقة، وقد يلجأ الأطراف إلى تضمين الإتفاق الإلتزامات الإضافية لضمان جدية المفاوضة وحسن تنظيمها مثل وضع مواعيد وتنظيم أعباء ونفقات التفاوض وحظر إجراء مفاوضات متوازية مع الغير.

---

(١) نقض ١٩٦٧/٢/٩ س ١٨ ص ٣٣٤، وتطبيقاً لذلك قضت بأنه متى أقام الحكم قضاءه بالتعويض على أن ماتبودل من مكاتبات بين الهيئة العامة للبترول وشركة الملاحة لايعدو مرحلة التمهيد لإبرام عقد بحرى و`` يؤدى إلى انعقاده، غير أنه يرى فى التصرفات التى أسندها للسكرتير العام للهيئة إنحرافاً عن السلوك المألوف فى الظروف التى صدرت فيها هذه التصرفات وبالتالى خطأ تقصيرياً، وكان هذه التصرفات ليست مما تقتضيه عملية التمهيد للتعاقد التى ذكر الحكم أنها تدخل فى سلطة السكرتير العام، وكان ما استخلصه الحكم من أن هذه التصرفات كان من شأنها فى الظروف الملابسة أن توقع ممثل الطرف الآخر فى فهم خاطئ بأن التعاقد قد تم وأن عليه أن يبدأ فى تنفيذه هو استخلاص سائغ مستمد من مقدمات تؤدى إليه، فإن الحكم لايكون قد خالف القانون، ولايكون لما يثيره الطاعن فى شأن دلالة المستندات على عدم إنعقاد العقد أثر فى قيام المسئولية التقصيرية التى أقام الحكم قضاءه عليها. نقض ١٩٦٨/٣/٢٨ س ١٩ ص ٦٤٢.

هنا ينقلب التفاوض من عمل مادى إلى تصرف قانونى ملزم وتنقلب المسئولية بشأنه من تقصيرية إلى عقدية، بحيث إذا أخل المتفاوضين بإلتزاماته الناشئة عن هذا الإتفاق فإنه يكون مسئولا مسئولية عقدية.

المطلب الرابع
التعويض عن الضرر فى التفاوض

إذا ثبت خطأ المتفاوض وترتب على ذلك ضرر مادى أو أدبى، كان للمضرور الحق فى إثبات ذلك والمطالبة بالتعويض. هذا التعويض لايجوز أن يتمثل فى الإجبار على التفاوض أو الإلزام بإبرام العقد، بل يقتصر دور القاضى على مجرد الحكم بالتعويض النقدى الجابر للضرر طبقا للقواعد العامة.

ويدخل ضمن عناصر الضرر نفقات التفاوض وضياع الوقت والجهد. وتعبر محكمتنا العليا عن ذلك بقولها: إن قطع المفاوضات دون إخطار فى الوقت المناسب يعتبر خطأ ترتبت عليه عدة أضرار من بينها ما تكبده الطرف الآخر من خسارة بسبب إضطراره لإهمال مباشرة محله التجارى فى المدة التى قضاها فى الخارج لإختيار المواد اللازمة للمصنع، إعتماداً على أن الطرف الآخر جاد فى أن تصل المفاوضات إلى غايتها. (١)

وكذلك المساس بالسمعة التجارية، حيث قد يؤدى قطع المفاوضات دون مبرر إلى النيل من سمعة التاجر فى وسطه المهنى وإثارة الشكوك والأقاويل حوله، ويعد ذلك ضرراً أدبياً يدخل فى الاعتبار عند تقدير التعويض. وتطبيقا لذلك قضت محكمتنا العليا بتعويض المتفاوض التاجر، الذى تم قطع التفاوض معه فجأة وبدون أى مبرر، عن الضرر الأدبى الذى أصابه من جراء إظهاره بمظهر من يسهل إنخداعه ومن لا يوثق به مما ينال من سمعته وإعتباره فى السوق التجارى. (٢)

---

(١) نقض ١٩٦٦/١/٢٧ السابق.
(٢) نفس الحكم.

ويعتبر تفويت الفرصة Perte d'une chance من الأضرار التى قد تحدث بمناسبة قطع التفاوض بصورة خاطئة، أى حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب إحتمالى، ومن ثم يجوز التعويض عن الحرمان من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه، أو تفويت الفرصة فى إبرام عقد آخر بديل مع الغير. وذلك إذا ماثبت أن المتفاوض قد تخلى عن هذه الفرصة إعتماداً منه على الأمل الكاذب الذى ولده الطرف القاطع لديه فى إبرام العقد. ولكن يشترط أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل فى الإفادة منها له ما يبرره. [١]

(١) Cass. Com. 17 nov. 1993, B.C. IV. N390 avs. Viny.

الفصل الثانى

أطراف العقد الدولى

يشترك فى إبرام العقد طرفان أو أكثر، ويكن أن يتغير الأطـراف أثنـاء التنفيذ من جهة، وتمتد آثار العقد إلى آخرين من جهة أخرى.

المبحث الأول

أطراف التعاقد الدولي

(أ) أهمية تحديد أطراف العقد الدولي:

إن من الأمور الهامة فى العقد الدولى تحديد أطرافه لعدة أسباب:

١- أن معرفة جنسية أطراف العقد، يترتب عليه الكثير من المسائل الهامة لعل أهمها تحديد الطابع الدولى أو الداخلى للعقد، وهل الأمر يتعلق بعقد أم باتفاقية دولية.

٢- التعرف على الأطراف يلعب دوراً هاماً فى تحديد منطقة أو مكان إبرام العقد ومكان التنفيذ.

٣- تساهم معرفة أطراف العقد فى بيان القضاء المختص بتسوية المنازعات، وتعيين القانون الواجب التطبيق، وغير ذلك من المسائل التى يحكمها القانون الدولى، خاصة وأن بعض الدول تضع قوانين خاصة بتسوية المنازعات التى تثيرها العقود الدولية بما يخرج عن المبادئ المستقرة فى قواعد الإسناد فى القانون الدولى الخاص.

٤- تحديد أهلية الطرف وصفته القانونية فى إبرام العقد يبدو ضرورياً للحكم بصحته ونفاذه من جهة، وإعمال أحكام عيوب الإرادة من جهة أخرى.

٥- إن مبدأ نسبية آثار العقد يرتبط بأطرافه، حيث تنصرف آثاره، من حقوق والتزامات، إليهم، دون الغير الذى يظل كقاعدة عامة بعيداً عن العقد، إلا فى بعض الحالات الاستثنائية.

(ب) تعريف الطرف فى العقد الدولى:

إن الطرف Party فى العقد الدولى قد يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً. والشخص الاعتبارى قد يكون من أشخاص القانون العام كالدولة أو إحدى

الأجهزة أو المؤسسات التابعة لها، أو من أشخاص القانون الخاص كالشركات والجمعيات، وكذلك المنظمات الدولية والإقليمية. (١)

وتتنوع المسميات التى تطلق على أطراف العقد بحسب طبيعته وموضوعه، مثل المستورد والمصدر والمورد والمرخص والمرخص له، والمتلقى والناقل، والبائع والمشترى والمؤجر والمستأجر والوكيل والوسيط، المقرض والمقترض. ويتم إختيار المسمى بحسب طبيعة العقد، والمتعارف عليه دولياً فى العقود النموذجية، وماهو متعارف عليه فى منطقة إبرام العقد.

وتتصدى التشريعات الوطنية فى بعض الدول، التى تصدر قوانين لتنظيم بعض العقود الدولية الجارى التعامل بها فى إقليمها، وخاصة فى مجال الاستثمار، إلى تعريف الطرف بما يحدد المقصود بالتعبير الذى أوردته هذه القوانين، ومن ثم يتعين أخذ تلك التعريفات فى الاعتبار عند صياغة العقد.

وبالنسبة لعقود الدولة أو عقود التنمية الصناعية والاقتصادية بصورها المختلفة، فغالباً ماتكون الدولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها طرفاً فيها، فى الدول النامية، بخلاف الحال فى الدول المتقدمة، الذى غالباً مايكون الطرف فى هذه العقود شخصاً إعتبارياً من أشخاص القانون الداخلى مثل الشركات الأجنبية العملاقة العابرة للدول. (٢)

ففى عقود نقل التكنولوجيا مثلاً يكون الطرف شخصاً طبيعياً أو إعتبارياً، سواء فرد أو جماعة، مثل المؤسسات والمنشآت والشركات بكافة أنواع المشاركة، سواء أنشأتها أو إمتلكتها أو تولت إدارتها الدول أو الهيئات التابعة لها، وكذلك الدول والوكالات الحكومية والمنظمات الدولية والإقليمية حين تشارك فى صفقة نقل دولى للتكنولوجيات ذات طابع تجارى.

(جـ) أهلية المتعاقد وصفته:

- إن توافر الأهلية لدى المتعاقد والصفة القانونية له فى إبرام العقد أمر حيوى لصحته ونفاذه. وترتبط الأهلية بالشخص الطبيعى، أما الشخص المعنوى

---

(١) انظر مؤلفنا فى مبادئ القانون، ٢٠٠٦.

(٢) Fontaine, le processus de formation du contract. 2002, p. 920.

فنتحدث عن صفة من يبرم العقد باسمه أو نيابة عنه أو كممثل له. والعقد قد يتم إبرامه بواسطة الأصيل أو من ينوب عنه.

ومن المقرر أن تحديد الأهلية أمر خاضع للقانون الشخصى لكل متعاقد. أما بالنسبة للنائب أو الوكيل أو الممثل فإنه يتم الرجوع إلى السند الذى يخوله إبرام العقد باسم الدولة أو الهيئة أو الشركة. ويتوقف تحديد تلك الصفة التى تعطيه صلاحية التعاقد، على القانون الوطنى من جهة والنظام الداخلى الاعتبارى من جهة أخرى.

ويتعين على كل متعاقد التأكد من أهلية وصفة من يتعاقد معه وإلا تحمل تبعة تقصيره إذا تم إبطال العقد أو الحكم بعدم نفاذه بسبب نقص الأهلية أو تخلف الصفة.

وقد يتعذر ذلك الأمر فى العقود الدولية على الطرف الأجنبى، حيث يصعب عليه، أحياناً التيقن من النظم الداخلية والإلمام بها مما قد يوقعه فى غلط التعاقد مع شخص لاتتوافر لديه الأهلية أو الصفة. ومما لاشك فيه أنه إذا قام هذا الطرف بالتحرى وبذل الجهد المعتاد، على ضوء الأوراق والمستندات المقدمة، لمعرفة الطرف الآخر وأبرم معه العقد بحسن نية معولاً على الوضع الظاهر ثم تبين عكس ذلك، أى عدم توافر الأهلية أو الصفة لديه بسبب التدليس، فإنه يجوز طلب إبطال العقد مع إلزام هذا الطرف بالتعويض إذا لجأ إلى طرق إحتيالية ليخفى أهليته أو صفته، ويمكن أن يتمثل التعويض فى إنفاذ العقد حماية للمتعاقد حسن النية إذا كان من مصلحته ذلك.[1]

- وجدير بالذكر أن الأهلية نوعان: أهلية الوجوب، وهى صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات. وأهلية الأداء وهى صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن ترتب تلك الحقوق والالتزامات، أى صلاحية الشخص لصدور التصرف القانونى منه

(١) انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ٢٠٠٥، ص ٢٤٠.

على وجه يعتد به القانون. وأهلية الأداء هي الأهلية اللازمة لإبرام التصرف القانوني أي أهلية التعاقد.

وينظم مشرع كل دولة أحكام الأهلية بقواعد آمرة لأنها تعتبر من المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن ثم لايجوز التعديل فيها أو الاتفاق على مايخالفها، فليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها.

والأصل أن كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يُحد منها بحكم القانون، وعلى من يدعي نقص أو إنعدام الأهلية إثبات ذلك. ولا يلزم الشخص بأعلان نقص أهليته، بل يجب على كل متعاقد أن يتأكد من كمال الأهلية لدى من يتعاقد معه وإلا تحمل تبعة تقصيره إذا تم إبطال العقد بسبب ذلك. ولاشك أنه على صعيد المعاملات الدولية يختلف الأمر حيث ينبغي إعمال مبادئ حسن النية والالتزام بالإعلام كما سنرى.

- ومن المقرر أن الشخص المعنوي يباشر نشاطه عن طريق من يمثلونه من الأفراد والأجهزة، كالرئيس أو الوزير أو المدير أو مجلس الإدارة أو الجمعية العمومية. ويستمد الشخص الطبيعي سلطته في تمثيل الشخص الاعتباري من سند إنشائه والنظام القانوني الخاص به. ولايحاج الشخص المعنوي بأية تصرفات قانونية تصدر من غير ممثله القانوني، ويكون مسئولا بصفة أصلية ومباشرة عن التصرفات التي تصدر من ممثليه مادامت قد صدرت في حدود السلطة المخولة لهم.[1]

- ومن المقرر أن النيابة هي حلول إرادة شخص يسمى النائب محل إرادة شخص آخر يسمى الأصيل، في إبرام التصرف القانوني، وتنصرف آثاره إلى ذمة الأصيل مباشرة، كما لو كان قد باشره بنفسه، فتترتب له الحقوق كما يتحمل بالالتزامات الناتجة عنه، ويستطيع الأصيل أن يطالب بنفسه بهذه الحقوق، كما توجه إليه المطالبة بتنفيذ الالتزامات، فالعقد يقوم بإرادة النائب ولكن آثاره تنصرف إلى الأصيل.

---

(١) انظر مؤلفنا في نظرية الحق، ٢٠٠٦، ص ١٨٥.

ومن المقرر أن صفة النائب لاتثبت إلا بمقتضى نص أو حكم قضائى أو اتفاق، ولذلك فإن عبء إثبات النيابة يقع، وفقاً للقواعد العامة على من يدعى وجودها. وتنقسم النيابة، من حيث المصدر الذى يقرر وجودها ويتولى تعيين شخص النائب إلى نيابة قانونية وقضائية واتفاقية.

المبحث الثاني

تغيير أطراف العقد الدولي

تنشأ آثار العقد فيما بين المتعاقدين، ولكن يمكن أن تنصرف آثاره إلى غير الأطراف في عدة فروض مثل: الخلف العام والخاص، الدائنين والغير، الاشتراط لمصلحة الغير، حوالة الحق وحوالة الدين، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن.

إن هذه الحالات تشمل تأثر الغير بالعقد من جهة، وإنصراف آثاره إليه من جهة ثانية، وتغير الأطراف من جهة ثالثة، كما سنرى.

إن تلك الفروض يمكن أن تحدث فى العقود الدولية، وغالباً مايتعرض الأطراف لتنظيمها مسبقاً عند إبرام العقد، ويتم التفاوض بشأنها عند حدوثها أثناء سريانه، لذا نكتفى بعرض المبادئ العامة فى هذا المقام، مع الإشارة لفروض تواجدها فى مجال تلك العقود.

(أ) مبدأ نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص:

تنصرف آثار العقد بالضرورة إلى المتعاقدين، فالعقد رابطة تنشأ بين طرفيه وبإرادتهما، لذلك فالأصل أن مايرتبه العقد من حقوق والتزامات مقصور على أطرافه.

وإنصراف أثر العقد إلى المتعاقدين يتم بصورة كاملة دون قيد أو شرط، فلا تفرض عليه قيود ولا توضع له حدود، بل تنصرف تلك الآثار إلى الأطراف كما تم الاتفاق عليها فى العقد.

فالأصل هو أن الحقوق والالتزامات التى تترتب على العقد إنما تنشأ فى ذمة العاقدين دون سواهما، فالعقد لايفيد ولا يضر أحدا غير طرفيه، أى أن آثار العقد تنصرف بالضرورة إلى أطرافه.

والمتعاقد هو كل شخص اشترك فى إبرام عقد من العقود بنفسه أو بمن ينوب عنه، ويدخل فى معنى المتعاقد كذلك كل من الخلف العام والخلف الخاص

لهذا المتعاقد، إلا أن انصراف أثر العقد، خصوصاً بالنسبة للالتزامات، إلى الخلف لايكون إلا فى حدود وبشروط معينة.

(ب) أثر العقد بالنسبة للخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف المتعاقد فى ذمته المالية أو فى جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال كالوارث والموصى له بنصيب فى التركة كالثلث أو الربع، وفى حالة اندماج الشركات كما سنرى.

ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام.

أى أن مايبرمه المورث من عقود ينصرف أثره إلى ورثته، فالذمة تنتقل، بما تشمله من حقوق والتزامات، إلى الخلف العام. وعلى ذلك فانصراف أثر عقد يبرمه شخص إلى خلفه العام بعد وفاته يعنى إمكان انتقال الحقوق الناشئة من هذا العقد إلى هذا الخلف، وكذا مطالبة الخلف العام بالالتزامات المترتبة على العقود التى أبرمها السلف (المورث)، ولكن فى حدود ما آل إليه من أموال التركة.

إلا أن هناك حالات لا تنصرف فيها آثار العقد إلى الخلف العام:

١- إذا كانت ديون التركة تزيد على حقوقها فإن الوارث لا تنصرف إليه الالتزامات التى عقدها المورث إلا فى حدود ما آل إلى هذا الوارث من حقوق التركة.

٢- إذا وجد اتفاق بين العاقدين على ألا ينصرف أثر عقدهما إلى ورثة أى منهما. كالاتفاق على توريد سلعة، على أن ينتهى التزام المورد بوفاته أو بوفاة الطرف الآخر.

٣- إذا كانت طبيعة العقد أو التعامل ذاتها تقتضى عدم إنصراف الآثار إلى الورثة، كما لو كان عقد مرتب لمدى حياة شخص، فمضمون الاتفاق نفسه يعنى إنقضاءه بمجرد وفاة مستحق المرتب وعدم إنتقاله إلى الورثة.

وكذلك عندما يكون شخص المتعاقد هو محل الاعتبار فـي العقـد، كالتعـاقد مـع فنـان علـى رسـم لوحـة فنيـة أو مـع مـهندس علـى تصميـم مشـروع، فالالتزامات الناشئة عن هذه العقود لاتنتقل إلـى الخلـف العـام للفنـان أو المهندس.

٤- إذا وجد نص فى القانون يقرر عدم إنصراف آثار العقد إلى الخلـف العـام، وذلك مثل عقد الشركة الذى ينقضى بموت أحد الشركاء وعقد العمل الـذى ينتهى بوفاة العامل.

(جـ) أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص.

الخلف الخاص هو من يخلف السلف فى حق عينى علـى شـئ محـدد أو فى ملكية مال معين، كالمشترى فهو خلف خـاص للبـائع، والموهـوب لـه خلـف خاص للواهب. والمستأجر ليس خلفـاً خاصًـا للمؤجـر لأن الاسـتخلاف يقتضـى إنتقـال حـق مـن السـلف إلـى الخلـف، والمسـتأجر لـيس إلا دائنـاً للمؤجـر بحـق شخصى، هو حقه كمستأجر.

والأمر هنا لايتعلق بانصراف آثار جميع عقود السلف إلـى الخلـف كمـا هو الحال بالنسبة للخلف العام، فآثار العقد الـذى يبرمـه السـلف لاتنصـرف إلـى الخلف الخاص متى كان العقد لايمـس الشـئ الـذى انتقـل إلـى هـذا الخلـف. أمـا العقود التى يبرمها السلف والتى تتصل بالشئ الذى إنتقل بعد ذلـك إلـى الخلـف - كالمشترى - ترتب آثارها، من حقوق والتزامات بالنسبة لـهذا الخلـف بشـروط معينة:

١- لاتنصرف إلى الخلف الخاص إلا آثار العقود التى تمـس نفـس الشـئ الـذى إنتقل إليه، فإذا كان الخلف مشترياً فلا تنصـرف إليـه إلا آثـار العقـود التـى تتعلق بالمبيع الذى وقع فيه الاستخلاف.

٢- لاتنصـرف إلـى الخلـف الخـاص إلا آثـار العقـود التـى أبرمـها الخلـف قبـل التعاقد مع السلف وكانت ثابتة التاريخ فى هذا الوقـت. كالبـائع الـذى يؤجـر

العقار الذى باعه بعد أن انتقلت ملكيته إلى المشترى ، فلا ينفذ عقد الإيجار فى حق المشترى.

٣- لاتنتقل إلى الخلف الخاص سوى الحقوق والالتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشئ الذى تعلق به العقد. أى إذا كان مكملا له أو مما يعين على حسن الانتفاع به أو يحفظه ويقويه. فإذا كان السلف قد عقد تأمينا ضد الحريق على المنزل الذى انتقلت ملكيته إلى الخلف بالبيع فإن عقد التأمين ينتقل إلى المشترى باعتباره من مكملات البيع.

٤- يجب أن يكون الخلف عالماً، وقت إنتقال الحق إليه، بالحق أو الالتزام المترتب على عقود السلف المتصلة بموضوع الاستخلاف.

(د) الاستخلاف فى العقود الدولية:

يمكن أن يخلف شخص جديد أحد المتعاقدين فى العقد الدولى فى عدة حالات:

(١) اندماج الشركات: والإندماج عملية قانونية تتوحد بمقتضاها شركتان أو أكثر، ويتم هذا التوحد إما بإنصهار إحداهما فى الأخرى، وإما بمزجهما معاً فى شركة جديدة تحل محلهما. والتوحد، فى الحالة الأولى، يعرف باسم الاندماج بطريق الضم أو الابتلاع fusion par annexion, ou obsorbation ، وفى الحالة الثانية باسم الاندماج بطريق المزج Fusion par combinaison.

والقاعدة أن انقضاء الشركة يترتب عليه، بالضرورة، تصفيتها بقصد استيفاء حقوقها وإيفاء ديونها تمهيداً لقسمة المتبقى من موجوداتها، بعد إنتهاء التصفية وقفلها، بين الشركاء. ولكن الحكم يختلف فى حالة الإندماج، لأنه يعتبر بمثابة حل من نوع خاص لايتبعه تصفية وقسمة، بل تنتقل كافة موجودات الشركة المندمجة وماتشمله من أصول وخصوم فى هيئة مجموع من المال إلى الشركة الدامجة أو الجديدة. [١]

(١) حسنى المصرى، إندماج الشركات وانقسامها، ١٩٨٦..

فمن المقرر أن الاندماج أو الانقسام يستتبع إنحلال الشركات المندمجة دون تصفيتها والانتقال الشامل لذممها المالية إلى الشركات الدامجة أو الجديدة، وتعتبر الشركة المندمج فيها أو الشركة الناتجة عن الاندماج خلفاً للشركات المندمجة، وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها وما عليها، وذلك فى حدود مااتفق عليه فى عقد الاندماج مع عدم الإخلال بحقوق الدائنين، وتعتبر الشركة الدامجة المدين بالنسبة لكافة ديون الشركات المندمجة بمجرد تمام إجراءات الإندماج.(١)

ويستقر قضاء النقض على ذلك بقوله: الإندماج الذى يترتب عليه خلافة الشركة الدامجة للشركة المندمجة خلافة عامة فيما لها من حقوق وماعليها من التزامات وفقا لأحكام القانون، هو الاندماج الذى يقع بين الشركات التى تتمتع بشخصية معنوية وذمة مالية مستقلة، فتنقضى به الشركة المندمجة وتؤول جميع عناصر ذمتها المالية إلى الشركة الدامجة التى تحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات.(٢)

مؤدى ذلك أن الشركة الدامجة (خلف) تحل محل الشركة المندمجة (سلف) فى العقد الذى أبرمته مع الغير فى كافة مايرتبه من حقوق والتزامات، مالم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك، أو كانت طبيعة المعاملة تمنع هذا الانتقال، كما لو كانت طبيعة نشاط الخلف تختلف عن طبيعة نشاط السلف.

(٢) **إنتقال الملكية**: يمكن أن تنتقل ملكية المشروع أو الشخص المعنوى الذى أبرم العقد الدولى إلى شخص آخر، غالباً، عن طريق الشراء، ويحل محله كخلف خاص فى العقد المتعلق بالمبيع محل الاستخلاف، إذا توافرت الشروط السابق ذكرها.

(٣) **الاستخلاف الدولى**: حيث تحل دولة محل دولة أخرى فى ممارسة نفس اختصاصاتها على ذات الاقليم، ويعبر عنه بلفظ التوارث Succession.

---

(١) م ١٣٢ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والمادة ١/٢٩٨ من لائحته التنفيذية، والمادة ١/٣٧٢ من القانون ١٧/٨٨ فى ١٩٨٨/١/٥ فى فرنسا.

(٢) نقض ١٩٧٦/٤/١٩ س ٢٧ ص ٩٧٧.

Cass.Com. 24 oct. 1989, J.C.P. 1990. 11.21453, obs. Guyon.

وكذلك الحال فى حالة استخلاف الحكومات الخاضع لمبدأ الاستمرار Continuity ، أى أن الدولة تظل، بغض النظر عما يطرأ عليها داخلياً من تغييرات فى تنظيم الحكومة، مرتبطة بحقوقها والتزاماتها، وتعتبر مسئولة عن تصرفات الحكومة السابقة عليها. ونفس الحكم فى حالة نشوء إتحاد بين دولتين أو أكثر.[1]

فى هذه الفروض تنصرف آثار العقد الدولى الذى أبرمته الدولة أو الحكومة السلف إلى الدولة أو الحكومة الخلف.

(ق) أثر العقد بالنسبة للدائنين:

يتأثر الدائنون Créanciers بعقود مدينهم عن طريق تأثير هذه العقود فى صافى أمواله التى لهم عليها حق ضمان عام. فالدائنون يعدون من الغير بالنسبة لآثار عقود مدينهم وتأثرهم بها هو تأثير غير مباشر، لأنه يتحقق من خلال ما يترتب عليها من نتائج إقتصادية أى التأثير فى الذمة المالية للمدين (الضمان العام للدائنين).

ورغم عدم انصراف آثار عقود المدين إلى الدائنين مباشرة فإن القانون يعطى للدائنين فى بعض الأحوال الحق فى عدم الاعتداد بالتصرفات التى يبرمها إضراراً بهم ويعطيهم الحق فى الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرفات التى تسمى بالدعوى البوليصية.

ونظراً لأن الدائن يتأثر بالعقود التى يبرمها المدين، فإن القانون قد أقام لمصلحة الدائن عدة دعاوى للحفاظ على ملاءة الذمة المالية لمدينه مثل الدعاوى المباشرة وغير المباشرة والصورية وغيرها.[2]

(ك) أثر العقد بالنسبة للغير:

طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد فإن آثاره لا تنصرف إلا إلى أطرافه وخلفهم دون الغير الأجنبى عن العقد. وعلى هذا لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً.

---

(١) محمد طلعت الغنيمى، ص ٤٨٥.
(٢) انظر مايلى ص ٢٦٩.

فالغير أى الأجنبى عن العقد يمكن - على سبيل الاستثناء - أن يكتسب حقا من العقد ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير. ولكن يجوز أن يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ويظهر ذلك من خلال نظرية التعهد عن الغير.

(ل) الاشتراط لمصلحة الغير:

يتم الاشتراط لمصلحة الغير Stipulation pour autrui عندما يتعاقد شخص مع آخر، فيشترط أحدهما على الآخر إنشاء حق لشخص ثالث ليس طرفا فى الاتفاق. أى هو اتفاق لمصلحة شخص من الغير ينشأ له بمقتضاه حق خاص به أى حق مباشر. ففى التأمين على الحياة مثلا يشترط المستأمن على شركة التأمين أن تتعهد، مقابل الأقساط التى يدفعها، بدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته. وقد يشترط البائع على المشترى أن يؤدى الثمن إلى شخص آخر يتعامل معه. ومن أهم تطبيقاته قيام البائع بشحن البضاعة والتأمين عليها لصالح المشترى.

وحتى يتحقق وجود الاشتراط لمصلحة الغير يلزم توافر شروط معينة:

١- يجب أن يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع، أى باعتباره طرفاً أصيلاً ذا مصلحة فى العقد، فهو يعمل لحساب نفسه مما يميزه عن النائب الذى يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه هو.

ولايشترط أن يكون المنتفع موجوداً أو معيناً وقت إبرام الاشتراط لمصلحة الغير، مادام سيوجد أو يعين عند نفاذ الاشتراط. كمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده قبل أن يوجد له أى ولد.

٢- يجب أن تكون للمشترط مصلحة شخصية أو أدبية، أى أن يبرم العقد المتضمن للاشتراط لغاية خاصة به يحرص على تحقيقها وأن تكون تلك المصلحة مشروعة. فالأب الذى يبرم تأميناً على حياته لمصلحة أولاده إنما يستهدف غاية أدبية.

٣- ينبغى أن تتجه إرادة المشترط والمتعهد إلى إنشاء حق فى ذمة المنتفع مباشرة أى إلى إكساب المنتفع حقا بمجرد إتفاقهما على ذلك، ودون أن

يمر هذا الحق بذمة أحد منهما. فإذا عقد شخص تأميناً على مايحدث للغير من ضرر من سيارته فإنه تنشأ لهذا الغير المضرور دعوى مباشرة ضد شركة التأمين للمطالبة بحقه فى التعويض رغم إنه ليس طرفاً فى عقد التأمين. (١)

ويترتب على الاشتراط عدة آثار لعل أهمها:

١- يحكم عقد الاشتراط العلاقة بين المشترط والمتعهد، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذ الالتزامات التى يفرضها عليه العقد.

٢- تتحدد علاقة المشترط بالمنتفع بحسب الغاية من الاشتراط، فقد يكون إشتراط المشترط لصالح المنتفع على سبيل التبرع، وقد يكون على سبيل المعاوضة، وتتحدد حقوق كل منهما على ضوء هذا التكييف.

٣- يرتب الاشتراط حقاً مباشراً للمنتفع فى مواجهة المتعهد، فهو لايكسبه عن طريق ذمة المشترط، ويكون للمنتفع مطالبة المتعهد بحقه الناشئ من عقد الاشتراط، وينشأ هذا الحق منذ إبرام ذلك العقد.

٤- يستطيع المشترط أن ينقض حق المنتفع طالما لم يظهر هذا رغبته فى الاستفادة من الاشتراط. ولايجوز نقض الاشتراط إذا كان ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد، ويتحقق هذا الغرض إذا كان للمتعهد ذاته مصلحة فى تنفيذ الاشتراط، هنا لايجوز النقض إلا بموافقة المتعهد، كما لو اشترط البائع على المشترى أن يدفع الثمن أو جزء منه للدائن صاحب حق الرهن على المبيع، هنا يكون للمتعهد مصلحة فى تنفيذ الاشتراط والوفاء بالثمن للدائن حتى ينقضى الرهن ويخلص المبيع له.

وقد يكون مقتضى العقد ألا يكون للمشترط نقض الاشتراط أصلاً، ومن ثم لايحق للمشترط ممارسته، كالتزام البائع بالتأمين على البضائع المرسلة إلى المشترى، هنا يكون التأمين لمصلحة المشترى، ومن ثم لايجوز للبائع كمشترط نقض الاشتراط.

---

(١) Grenoble, 4 fév. 1999, D. p. 363 not witz.

مؤدى ذلك أن حق النقض مقرر للمشترط، إلا إذا نزل عنه، فنزول المشترط عن حقه فى نقض الاشتراط يؤدى إلى سقوط هذا الحق، وقد يتم الاتفاق على عدم استعمال المشترط حق النقض إلا بموافقة المتعهد إذا كانت له مصلحة فى ذلك، وقد تقتضى طبيعة العقد حرمان المشترط من حق النقض.[1]

(م) التعهد على الغير:

التعهد عن الغير هو الحالة التى يتعاقد فيها شخص مع آخر على أن يتعهد شخصياً بأن يحمل الغير على إبرام عقد معين، فهو اتفاق بمقتضاه يتعهد شخص بعمل هو أن يحمل شخصاً آخر على قبول التزام معين. مثال ذلك حالة الوكيل الذى يتجاوز حدود الوكالة ويتعهد شخصيا بأن يجعل الموكل يقر الاتفاق الخارج عن حدود التوكيل.

والتعهد عن الغير لايلزم الغير، فالمتعهد يلتزم شخصياً بالعقد الذى يبرمه، فهو ليس وكيلا للغير أو نائباً عنه ولا سلطة له فى إلزام الغير ولكنه يلتزم بأن يحصل على رضاء هذا الغير بالعقد. فمحل التزام المتعهد هو دائماً التزام بعمل هو أن يحمل الغير على قبول التزام معين.

والتعهد عن الغير لايرتب إلتزاما فى ذمة الغير الذى يظل حراً فى أن يقبل العقد الذى تم التعهد به عنه أو أن يرفضه.

١- فإذا قبل الغير الارتباط بالتعهد الذى عقده عنه المتعهد الأصلى فإنه يصبح ملتزما بالعقد بناء على هذا الرضاء الصادر منه، ومنذ هذا القبول والإقرار. وتنشأ رابطة عقدية جديدة بين المتعاقد مع المتعهد وبين الغير الذى أقر التعهد وقبل العقد المعروض، وهو إتفاق جديد غير الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له.

ويرتب هذا الاتفاق أثره من وقت القبول أو الإقرار لا من وقت التعهد، أى أن إقرار الغير للتعهد وقبوله للعقد المتعهد به ليس له أثر رجعى.

---

(١) Ghestion, les effets du contrat, n. 410.

ولكن ليس هناك مايمنع الاتفاق صراحة أو ضمناً على الأثر الرجعى للاتفاق.

٢- أما إذا رفض الغير التعهد، فلا مسئولية عليه لأنه لم يلتزم بشئ، ولم يتدخل فى العقد. وتقع المسئولية على عاتق المتعهد الذى يعتبر مخلاً بالتزامه بمجرد رفض الغير قبول العقد. وجزاء المسئولية هنا هو تعويض المتعهد له عن الأضرار التى لحقته من جراء ذلك. ومع ذلك يجوز للمتعهد أن يتفادى الحكم عليه بالتعويض إذا قام هو بتنفيذ الالتزام الذى رفضه الغير. [١]

(ن) حوالة الحق: Cession de la Créance

يمكن أن ينتقل الحق أو الالتزام الناجم عن العقد من المتعاقد إلى شخص آخر.

يقصد بانتقال الالتزام تغير أحد أطرافه مع بقاء الالتزام فى ذاته فى قوامه وفى خصائصه، فإذا حل شخص جديد محل الدائن، كان الانتقال إيجابياً وسمى بحوالة الحق، أما إذا حل الشخص محل المدين، كان الانتقال سلبياً وسمى بحوالة الدين.

ينتقل الحق عن طريق الاتفاق الذى يتم بين الدائن وشخص آخر ليصبح هذا الأخير الدائن الجديد (المحال إليه). أى أن المحيل ينقل إلى المحال إليه ماله من حق لدى المدين.

وتكون حوالة الحق فى الغالب بمقابل (ثمن نقدى أو قضاء دين للمحال إليه على المحيل). وقد تتم الحوالة دون مقابل. ففى الحالة الأولى تكون الحوالة بيعا وتطبق أحكام البيع، وتكون فى الحالة الثانية هبة وتأخذ حكم التبرعات.

---

(١) Anvers, 20 mao 1998, A.J.T. 2000, p. 8.

تتم حوالة الحق بمجرد الاتفاق بين المحيل والمحال إليه، دون حاجة إلى رضاء المدين المحال عليه، وذلك على أساس أن المدين يستوى لديه إستبدال دائن بدائن آخر.

لاتنفذ الحوالة فى مواجهة المدين إلا باحاطته علماً بتمامها حتى لايقوم بالوفاء للدائن المحيل، بل يوفى للمحال له. ويعلم المدين بالحوالة إذا أعلن بها أوبقبوله لها، ويكون الإعلان بورقة رسمية من أوراق المحضرين. وقبول المدين للحوالة قد يكون صريحاً أو ضمنياً.

إلا أنه يشترط لنفاذ الحوالة قبل الغير أى للاحتجاج بها عليه أن يكون المدين قد أعلن بها أو قبلها ولكن يشترط فى هذا الاعلان أو القبول أن يكون ثابت التاريخ. والغير هم الأشخاص الذين لهم حق خاص يتعلق بالحق المحال ويتعارض مع الحوالة.

ونظراً لما تقتضيه المعاملات التجارية من سرعة فإن القانون التجارى قد أجاز حوالة الحقوق الثابتة فى الأوراق التجارية كالكمبيالة والشيك والسند الإذنى بمجرد التظهير، وذلك بأن يضع صاحب السند توقيعه على ظهره. وفى حالة السند لحامله فينتقل بمجرد تسليمه من شخص إلى آخر. ويكون الانتقال نافذاً فى مواجهة الكافة دون حاجة إلى قبول المدين أو إعلانه. [1]

أما بالنسبة للأوراق المالية الإسمية (السهم الإسمى أو السند الإسمى أى المقيد باسم شخص معين) فإن حوالتها لاتنفذ فى حق الغير إلاّ إذا قيدت الحوالة فى سجل خاص يحتفظ به المدين (الشركة).

يترتب على إنعقاد الحوالة إنتقال الحق من المحيل إلى المحال إليه، فيصبح هذا الأخير هو الدائن الجديد محل الدائن السابق (المحيل).

وينتقل الحق بكل صفاته وتوابعه وملحقاته وضماناته، فهو يحتفظ بطبيعته مدنياً أو تجارياً، وكذلك بصفاته: معلق على شرط أو مقترناً بأجل، وأيضاً بضماناته كالتأمينات التى تضمن الوفاء به كرهن أو كفالة.

(١) Berg, Drafting Commerical agreements, 1995, p. 190.

ويلتزم المحيل بأن يسلم المحال إليه سند الحق المحال وأن يقدم له وسائل إثباته وكل ما هو ضروري لاستيفائه.

(هـ) حوالة الدين:

حوالة الدين هي الاتفاق الذي يتم بمقتضاه نقل الدين من المدين الأصلي (المحيل) إلى شخص آخر يتحمل عنه هذا الدين (المدين الجديد أو المحال عليه)، هذا مع بقاء الدين في ذاته بجميع مقوماته وخصائصه.

وتتحقق حوالة الدين إما باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه (المدين الجديد) وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه.

وحوالة الدين قد تكون بمقابل، إذ قد يتعهد المحال عليه بسداد دين المحيل مقابل البضاعة التي إشتراها منه. وقد يقصد المحال عليه التبرع بتحمل دين المحيل.

وأهم تطبيق لحوالة الدين في الحياة العملية هو الذي يتحقق في نزول أحد العاقدين، في عقد ملزم للجانبين، كمقاولة أو تأمين، عن هذا العقد إلى غيره، فلا يتيسر النزول عن التزاماته فيه إلا عن طريق حوالة الدين. وقد تتعلق الالتزامات بمجموعة من المال، كمحال تجاري، فلا يتيسر انتقاله كذلك إلا عن طريق حوالة الدين. (١)

وإذا كان إنعقاد الحوالة يتم بمجرد الاتفاق السابق، إلا إنها لاتكون نافذة في مواجهة الدائن إلا إذا أقرها. فرضاء الدائن ليس شرطاً لانعقاد الحوالة ولكنه ضروري لنفاذها. واشتراط إقرار الدائن للحوالة أمر طبيعي، ذلك أن تغير المدين أمر خطير، فشخصية المدين هي ذات إعتبار كبير في الالتزام، إذ أن قيمة الالتزام تتوقف على شخصية المدين من حيث يساره وحرصه على الوفاء بديونه.

(١) Ghestin, les effets du contrat, n. 510.

فلابد لنفاذ الحوالة إذن فى حق الدائن من إقرارها، ولايكفى أن يعلن بها الدائن كما فى حوالة الحق. فالدائن لايجبر على تغيير مدينه، بل إن له الخيار بين إقرار الحوالة أو رفضها.

وإقرار الدائن للحوالة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً كأن يطالب المدين الجديد بالدين أو أن يمنحه أجلاً للوفاء أو أن يستوفى الدين منه مباشرة.

يترتب على الحوالة إنتقال الدين من ذمة المدين الأصلى إلى المحال عليه (المدين الجديد). والدين الذى ينتقل هنا هو نفس الدين الذى كان فى ذمة المدين بصفته وضماناته ودفوعه. ويتفرع على ذلك أن الدين إذا كان تجارياً فينتقل بهذا الوصف، وإذا كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، فينتقل بشرطه أو بأجله، وإذا كان منتجا لفوائد فينتقل منتجاً للفوائد بنفس الشروط.

وتبرأ ذمة المدين الأصلى فى الوقت الذى يلتزم فيه المدين الجديد بالوفاء للدائن بالدين.

(هـ) **التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن**:

يتم التنازل عندما ينقل المتعاقد حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقد إلى المتنازل إليه، فالعقد الأصلى يظل قائماً مع تغير أحد أطرافه، وهو المتنازل حيث تنتهى علاقته بالمتعاقد الآخر، فليس هناك سوى عقد واحد يأخذ الشخص الذى تم التنازل لمصلحته مكان المتعاقد فى هذا العقد.

يحل المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلى حيث يحيل الثانى إلى ألاول حقوقه والتزاماته، فالتنازل يؤدى إلى حوالة حقوق وحوالة ديون فى نفس الوقت.

والنزول عن العقد قد يكون كلياً أو جزئياً أى عن كل العقد أو عن جزء منه. وهو إتفاق رضائى يكفى التراضى لانعقاده دون حاجة إلى شكل خاص، حيث يتم بتبادل المتنازل والمتنازل له التعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد نقل حقوق والتزامات الأول إلى الثانى. وقد يتم النزول بدون مقابل، كالهبة، أو لتحقيق أغراض أخرى، وقد يتم بمقابل يلتزم المتنازل إليه بدفعه.

أما التعاقد من الباطن فهو عقد جديد يبرم بين المتعاقد الأصلى والمتعاقد من الباطن، كما هو الحال عادة فى عقد المقاولة، يقوم فيه الأول بالإتفاق مع الثانى على تنفيذ المقاولة أو جزء منها، وتخضع العلاقة بين الطرفين للعقد المبرم بينهما دون عقد المقاولة الأصلى الذى يظل قائماً فى نفس الوقت بين المقاول الأصلى وصاحب العمل، ويمكن أن تتشابه شروط العقدين أو يختلف مضمون كل منهما عن الآخر.

فالتعاقد من الباطن لايقصد منه نقل الحقوق والالتزامات الخاصة بالمتعاقد الأصلى، بل يرمى فقط إلى تمكين شخص آخر هو المتعاقد من الباطن من القيام بالعملية لقاء مقابل معين. (١)

وتدق التفرقة، أحياناً من الناحية العملية، بين النظامين، فقد لاتكشف عبارات الاتفاق بوضوح عن طبيعته، مما يوجب على القاضى التعرف على حقيقة قصد المتعاقدين، دون التقيد بالعبارات والأوصاف التى يستعملها الطرفان، وهو يستهدى فى ذلك بظروف وعناصر الاتفاق.

ويترتب على الاختلاف فى الطبيعة بعض النتائج القانونية المرتبطة بكل نظام على حده:

١- التنازل عن العقد هو تنازل عن حقوق والتزامات المتعاقد الأصلى، ومن ثم فهو يتضمن حوالة حقوق وحوالة ديون، لذا يخضع لأحكام الحوالة من حيث إجراءات النفاذ، فلا يكون نافذا فى حق المتعاقد الآخر إلا إذا قبله أو أعلن به، ولاينفذ فى حق الغير إلا من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول. وقبول المتعاقد للحوالة أمر مفترض، ومن ثم لا حاجة لإقراره، مالم يكن قد اشترط عدم جواز التنازل عن العقد.

أما التعاقد من الباطن، فهو عقد جديد يخضع لأحكامه ولا يلزم لنفاذه فى حق المتعاقد الأصلى أن يقبله أو يعلم به أو أن يكون ثابت التاريخ.

---

(١) Benabent, les contrats spéciaux, p. 352.

٢- التنازل عن العقد يتضمن حلول المتنازل إليه محل المتعاقد فى نفس العقد بذات الشروط، فيصبح فى نفس مركزه، أما التعاقد من الباطن فهو عقد جديد تختلف أحكامه، فى الغالب، عن العقد الأصلى لأن حق المتعاقد من الباطن متميز عن حق المتعاقد الأصلى، ولكن يشترط عدم تجاوز حدود العقد الأصلى من الغرض أو المدة، فلا يجوز أن يترتب على التعاقد من الباطن تغيير الغرض أو الموضوع أو تجاوز حدود المدة.[1]

٣- التنازل عن العقد يعنى تصرف المتعاقد فى حقه، ومن ثم يجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف، أما التعاقد من الباطن فهو من أعمال الإدارة، لذا تكفى فيه أهلية التصرف، أما التعاقد من الباطن فهو من أعمال الإدارة، لذا تكفى فيه أهلية الإدارة.

٤- فى النزول عن العقد تقوم العلاقة مباشرة بين المتعاقد مع المتنازل والمتنازل له، فيكون لكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أما فى التعاقد من الباطن، فلا يوجد، كقاعدة عامة، علاقة مباشرة بين صاحب العمل والمتعاقد من الباطن، وليس لأحدهما الرجوع على الآخر، اللهم فيما يتعلق بالمقابل أو الأجر.

والقاعدة العامة هى أن حق المتعاقد حق شخصى ذا طابع مالى، ومن ثم يجوز له التنازل عنه والتصرف فيه، وعلى ذلك فإن للمتعاقد حق التنازل أو التعاقد من الباطن، وذلك عن كل أو بعض العملية، مالم يقض الاتفاق بغير ذلك. فالأصل هو الجواز والاستثناء هو الحظر، أى أن المنع من ذلك يعد إستثناء يتقرر بالاتفاق أو بنص فى القانون. وكذلك الحال إذا كانت شخصية المتعاقد محل إعتبار عند التعاقد، فإنه لايجوز له النزول عن العقد أو التعاقد من الباطن إلا إذا وافق صاحب العمل على ذلك. وتشكل المخالفة إخلالاً بالالتزام يجيز للطرف الآخر، وفقاً للقواعد العامة، أن يطلب التنفيذ العينى أو الفسخ مع التعويض.

(١) Berg, Drafting Commercial agreements, 1995, p. 280.

الفصل الثالث

التراضى فى العقد الدولى

إن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين. إن توافق الإرادات أو التراضى هو جوهر العقد. وتتجه إرادة كل متعاقد إلى تحقيق غاية مشروعة، وهذا مايطلق عليه السبب. وتنصب الإرادة على موضوع معين، وهو مايطلق عليه المحل. وتلك هى أركان العقد التى لايقوم بدونها. وهناك شروط لصحة العقد هى الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب.

وينعقد العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إراتين متطابقتين، هما الإيجاب والقبول. ويتم ذلك مباشرة فى العقود البسيطة، أما فى العقود الهامة والمعقدة، كما هو الحال فى العقود الدولية، فإن إبرام العقد قد يتم عبر عدة مراحل من المفاوضات والعقود المرحلية أو التمهيدية أو المؤقتة أو الجزئية وبعض العقود التكميلية المساعدة، كما عرضنا من قبل. والتراضى على العقد قد يكون بسيطاً وقد يكون موصوفاً.

لذا نعرض على التوالى لكل من : تلاقى الإيجاب والقبول، شروط صحة التراضى، مقدمات التراضى وأوصافه وتأمينه، مضمون التراضى وقيوده.

المبحث الأول
تلاقى الإيجاب والقبول

المطلب الأول
الإيجاب

(أ) مفهوم الإيجاب:

الإيجاب L'offre هو تعبير بات عن الإرادة بقصد الارتباط بالتعاقد، حيث يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويتم به العقد إذا ما تلاقى معه قبول مطابق، وليس للموجب بعد ذلك التحلل من إيجابه. وقد يكون الإيجاب ملزماً للموجب خلال مدة معينة، بحيث لايجوز له، فى أثنائها الرجوع فيه.

فلا نكون بصدد إيجاب إذا كان التعبير غير نهائى، كما لو احتفظ من صدر منه بحريته فى إبرام العقد أو تمثلت نيته فى مجرد التمهيد له أو اقترن بشرط أو تحفظ، وكذلك الحال إذا كان التعبير لايتضمن العناصر الجوهرية للعقد، بل نكون بصدد دعوة للتعاقد ويدخل فى مرحلة المفاوضة التى تسبق الإيجاب. والقول بأن التعبير عن الإرادة هو مجرد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً باتاً أمر يرجع لفهم التعبير فى الظروف التى صدر فيها على ضوء المألوف والمعتاد والكشف عن نية صاحبه من واقع الحال.[1]

(ب) الإيجاب فى القانون المقارن:

إن تحديد الإيجاب فى العقود الدولية يبدو أمراً هاماً لأنه يأتى فى نهاية المفاوضات، وبه ينعقد العقد عند صدور القبول المطابق من الطرف الآخر. إن دراسة الوثيقة المتبادلة بين الأطراف كتعبير عن مضمون الاقتراحات المقدمة أمر حيوى للقول بأنها إيجاب ملزم أم مجرد عودة للتعاقد، حيث تختلف النتائج القانونية بحسب التكييف المعطى لها.

---

(١) نقض ٢٢/٤/١٩٩٠ س ٤١ ص ١٠٤٢.

تتفق النظم القانونية على أنه ينبغى أن يكون الإيجاب صريحاً، ولكنها تختلف فيما يتعلق بشكل التعبير عنه. يثور التساؤل بصدد الإعلان عن البضائع والخدمات فى الكتالوجات والمعارض وصفحات الإنترنت والعروض الموجهة للجمهور أو المقترحات المرسلة للأشخاص، وعما إذا كانت تعتبر إيجاباً ملزماً لمصدرها أم مجرد دعوة للتعاقد أو للتفاوض. لاشك أن الأمر يتوقف على تقدير القاضى المطروح عليه النزاع، حيث تتفاوت النظرة فى هذا المجال.

فبالنسبة للقضاء الإنجليزى والألمانى[1] فإن الأمر لايعدو، فى الواقع، أن يكون مجرد دعوة للتفاوض، ومجرد القبول لايكفى لإبرام العقد، وذلك بخلاف فى القضاء الفرنسى الذى يرى أن الإيجاب الموجه للجمهور يلزم مصدره فى مواجهة القابل، كما هو الحال بالنسبة للإيجاب الموجه لشخص محدد.

لذا يتعين على الأطراف حسم هذه المسألة مقدماً من خلال الصياغة الحاسمة للوثيقة أو العرض وبيان ما إذا كان يعد إيجاباً أم مجرد دعوة للتفاوض، وإلا تم ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضى الذى ستتفاوت نظرته بحسب القانون الواجب التطبيق مما قد يعرض المتعاقدين لنتائج غير متوقعة.

ومن المسلم به أن كل النظم القانونية تجمع على معيار تحديد الإيجاب، فالمقترحات الكافية والحاسمة والمحددة تكفى لإبرام العقد إذا صادفها قبول محض وبسيط مطابق. فالمادة ٢٢ من المبادئ المعلقة بعقود التجارة الدولية المنشورة بواسطة المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص،[2] تنص على أن اقتراح إبرام العقد يعد إيجاباً إذا كان محددا بطريقة كافية ويعبر عن رغبة صاحبه فى التعاقد عند القبول.

يتضح من ذلك أن الإيجاب يجب أن يكون محدداً بصورة دقيقة، ويتضمن العناصر الأساسية للعقد، هنا يكون حاسماً لأن صاحبه يعرب للطرف

---

(١) وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولى.

(٢) Unidroit.

الأخر عن رغبته فى إبرام العقد لمجرد القبول دون تحفظ أو مناقشة. أما مجرد الإعلان عن النية فلا يمكن إعتباره إيجاباً.

وتثور الصعوبة بالنسبة للإيجاب المقترن بشرط، فهل نكون بصدد شرط للرضاء أم مجرد تحديد لإجراءات العقد المزمع إبرامه. فلا يعتبر إيجاباً الاقتراح الصادر من الشخص ويتوقف قبوله على تحقق شرط معين، بينما يكون الإيجاب حاسماً إذا ارتبط بشرط بعيداً عن إرادة الموجب، حيث يتم إبرام العقد بمجرد قبوله من الطرف الآخر،(١) ويكون العقد معلق على شرط واقف، مثل الحصول على تصريح الجهة المختصة. وكذلك الحال بالنسبة للقانون الفرنسى بصدد الإيجاب الذى يتضمن شرط الصياغة اللاحقة للعقد L'instrumantum.

ولكن هذا التحليل لاتتفق عليه كافة التشريعات مما يتعين على الأطراف توخى الحذر عند صياغة الإيجاب المقترن بشرط بحسب رغبة الأطراف لتحديد ما إذا كان ذلك الشرط عنصر مرتبط بالرضاء أم مجرد شكل أو وسيلة أو وصف للعقد المزمع إبرامه.

ولا يلتزم الأطراف، أحياناً، بهذا التحديد فى حالة وجود معاملات جارية ومعتادة متكررة بكثرة فيما بينهم، حيث يمكن إذن تقرير التعاقد إمتداداً لتلك المعاملات، مع زيادة حجم الصفقة أو نوعيتها مثلاً، دون إعادة النظر فى شكل التعاقد المتعارف عليه بينهم.

ويمكن للأطراف كذلك اللجوء للعادات التجارية الدولية لتكملة بنود وعناصر العقد، ويجوز أن يتم النص على ذلك صراحة، حتى أن ثمن البضاعة المباعة الذى كان يعتبر عنصراً أساسياً واجب التحديد أو قابل لذلك فى عقد البيع، لم يعد، طبقاً للتطور القضائى المعاصر، يمثل أهمية فى العقد ويمكن تحديده ببساطة بالرجوع إلى ثمن المثل أو التعريفة المتداولة فى يوم البيع.

لكل ماسبق فإنه من الأهمية بمكان حرص الأفراد على التحديد الواضح والصريح للإيجاب وصفته الحاسمة والملزمة وبيان الشروط الجوهرية فيه،

(١) Fontaine, offre et acceptation, 2000, p. 115

وعما إذا كانت الشروط المتبقية تعتبر أساسية يتوقف عليها إنعقاد العقد أم ثانوية يمكن أن ينعقد بدونها ويتم تكملتها لاحقاً. (١)

المطلب الثانى
القبـول

(أ) مفهوم:

القبـول Acceptation هـو التعبـير عـن إرادة مـن وجـه إليــه الإيجـاب بالموافقة على هذا الإيجاب، وينعقد به العقد، وهو تعبير لاحـق للإيجـاب ولكـن يجب أن يصدر قبل سقوط الإيجاب، وإلا كان بمثابـة إيجـاب جديـد موجـه لمـن صدر منه الإيجاب الذى سقط، فإذا قبله إنعقد العقد. ويجب أن يكون القبـول باتـاً ومطابقاً للإيجاب تماماً. ويتم التعبير عن القبول صراحة أو ضمناً مـالم يشـترط القانون صدوره فى شكل معين.

ويجب أن يصدر القبول قبل سقوط الإيجاب، فالقبول يصــح وينعقـد بـه العقد مادام الإيجاب قائماً، فـإذا كـانت هنـاك مـدة الإيجـاب صـريحـة أو ضمنيـة تعين أن يصدر القبول قبل فـوات هـذه المـدة. وإذا كـان الإيجـاب قـد صـدر فـى مجلس العقد ولم تحدد له مدة، وجب أن يصدر القبـول قبـل إنفضـاض المجلـس. فإذا سقط الإيجاب، فكل قبول يصدر بعد ذلك يكون متـأخراً ولاينعقـد بـه العقـد، ولكن يجوز إعتبار هـذا القبـول المتـأخر بمثابـة إيجـاب جديـد يسـتطيع الطـرف الآخر أن يقبله أو يرفضه.

(ب) القبول فى القانون المقارن:

يجب أن يصدر القبول واضحاً وباتاً وبسيطاً ويتم التعبير عنــه بصـورة قاطعة. ويصدر القبول عن بينة بكل شروط العقد ومضمون الإيجاب، ويصـعب إعمال هذا الشرط بالنسبة لعقود الإذعان، لهذا تحرص التشريعات الحديثة علـى التدخل لفرض إحترامه، وذلك لحماية الطرف الضعيف فى العقـد، وهـو القـابل الذى غالباً مايكون المستهلك.

---

(١) Fontaine, le processus de formation du contract, 2002, p. 521.

ولكن بعض الدول لاتقدم تلك الحماية للمستهلك، ولا تشترط ذلك عند إبرام العقد. وتنص بعض التشريعات على وجوب التزام المتعاقدين بمقتضيات حسن النية وتمكين كل طرف من الإحاطة بكل شروط العقد.

وعلى أية حال، فيما يتعلق بحماية المستهلك، فإن عملية توحيد التشريع التى تمت بالتنسيق بين دول الجماعة الأوربية قد أزالت الفروق التشريعية فى هذا المجال.

والقبول الذى يعتد به لإبرام العقد يجب أن يصدر محدداً وباتاً ومجرداً من أى تعديل أو إضافة للايجاب، وإلا كان بمثابة إقتراح مقابل أى إيجاباً جديداً. فإذا جاء القبول مقترناً بشرط تعين على صاحبه تحديد ما إذا كان هذا الشرط جوهرياً لإبرام العقد أم لا.

ويشترط فى القبول، عادة، أن يتم التعبير عنه بصورة صريحة، إلا أنه فى بعض الأحيان يمكن أن يكون ضمنياً بشرط أن يكون مؤكداً، كما لو قام القابل بتنفيذ العقد مباشرة، وكذلك الحال إذا كان العرف التجارى وطبيعة المعاملة تسمح بالتعبير الضمنى، ولكن القضاء يتشدد بالنسبة للعقود الدولية ويرى أنه إذا كان الأطراف ينتمون إلى أوساط مهنية مختلفة فإنه لايفترض علم كل منهم بعادات المهن الأخرى. (١)

المطلب الثالث
تلاقى الإيجاب والقبول

يجب لانعقاد العقد أن يصدر القبول مطابقاً للايجاب، وأن يلتقى القبول بالإيجاب قبل سقوطه. والعبرة ليست بصدور القبول خلال فترة قيام الإيجاب بل بوصول هذا القبول إلى علم الموجب خلالها، نظراً لأن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه. وارتباط القبول بالإيجاب قد يتم بين حاضرين، وقد يتم بين غائبين.

---

(١) Ghestin, le contrat, formation, p. 520.

(أ) التعاقد بين حاضرين (مجلس العقد):

يكون التعاقد بين حاضرين إذا جمع المتعاقدين مجلس واحد يسمى مجلس العقد، فيكونا على اتصال مباشر بحيث لا يوجد فاصل زمنى بين صدور التعبير عن الإرادة واتصاله بعلم من وجه إليه.

ولقد استمد القانون المدنى فكرة مجلس العقد من الفقه الإسلامى. ومجلس العقد قد يكون حقيقياً وهو يعنى اجتماع المتعاقدين فى نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد دون شاغل آخر. وقد يكون المجلس حكمياً، حالة مايكون المتعاقدين على اتصال مباشر، ولو كانا فى مكانين مختلفين كما فى التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مشابه.

ويجب لانعقاد العقد بين الحاضرين أن يصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد وقبل أن يعدل الموجب عن إيجابه، وينفض المجلس إذا ترك أحد العاقدين الآخر، أو ظلا فى مكان واحد لكن قطعت المفاوضات بشاغل شغل أحدهما عن التعاقد. يظل الإيجاب قائماً ما دام لم يعدل عنه الموجب وما دام مجلس العقد قائماً لم ينفض، فإذا صدر قبول فى هذه الأثناء اقترن بالإيجاب وانعقد العقد. معنى هذا أن الإيجاب الموجه إلى حاضر، دون تعيين ميعاد للقبول، لايكون ملزماً للموجب بالبقاء على إيجابه، فيجوز للموجب أن يتحلل منه ما دام أن القبول لم يصدر فوراً. [1]

(ب) التعاقد عبر الإنترنت:

ويطلق عليه العقد الإلكترونى، يتمثل فى إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد حيث يتعلق بتقديم منتج أو

---

(١) تعبر المادة ٩٤ مدنى عن ذلك بقولها: " ١- إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول. فإن الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل. ٢- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة مابين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد.

سلعة أو خدمة، دون حضور مادى معاصر بين الطرفين، بل عبر استخدام تقنية للاتصال عن بعد. ويتم التعاقد بين المستهلكين والمهنيين والمنتجين والمشروعات. وهذا مايسمى بالتجارة الإلكترونية أو المراكز التجارية الإلكترونية.

والإيجاب قد يكون عامًا غير موجه لأشخاص معينين، إلا أنه يكون محدداً فى بياناته أو نطاقه المكانى والزمانى وكميته، وقد يتمثل الأمر فى مجرد دعوة إلى التعاقد. والقبول يمكن أن يتم بمجرد الملامسة أو الضغط على الآلة بطريقة حاسمة أو صدور ما يفيد تأكيد القبول. ينعقد العقد بطريقة فورية ومتعاصرة، حيث يتسم بالصفة التفاعلية عبر نوع من الحضور الافتراضى المتعاصر بين المتعاقدين، يسمح بالاتفاق على كافة الشروط المتعلقة بالمحل والتنفيذ أو التسليم والسداد والضمان إلى غير ذلك. ويتم الوفاء بالمقابل عن طريق البطاقة المصرفية فوراً أو بواسطة حافظة نقد إلكترونية، وقد يؤجل الوفاء لحين التسليم. (١)

ويتم التعبير عن العقد وإثباته من خلال رسائل البيانات أو المحررات الإلكترونية، وتتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تسجل على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو وسيلة أخرى مستحدثة تعطى دلالة للإدراك.

هذا بالإضافة إلى التوقيع الإلكترونى الذى يتمثل فى بيانات تأخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها مدرجة بشكل الكترونى أو رقمى أو ضوئى أو وسيلة أخرى مستحدثة فى رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ارتباطاً منطقياً، وله طابع منفرد مما يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره وينسب إليه محرراً بعينه. (٢)

---

(١) Hassler, preuve de l'existence d'un contrat sur internet, les petites offiches, 2003, p. 15.

(٢) انظر مؤلفنا فى المسئولية الإلكترونية، ٢٠٠٤.

يتم هذا التعـاقد عـبر مجلس عقد حكمـى، حيث يكـون الطرفـان علـى إتصال مباشر على شبكة الإنترنت، رغم تباعد المكان، لذا يسـهل تحديـد زمـان العقد بوقت تلاقى القبول بالإيجاب، ومكان العلم بالقبول، أى المكان الذى يوجـد فيه الموجب وقت علمه بالقبول، كما سنرى.

(جـ) **التعاقد بين غائبين** (**زمان ومكان العقد**):

يكون التعاقد بيـن غـائبين إذا كـان لا يجمعـهما مجلس واحـد حقيقـة أو حكماً لأن كل منهما بعيد عـن الأخـر، بحيث تمضـى فـترة زمنيـة بين صـدور التعبير عن الإرادة ووصوله إلى علم من وجه إليه. وهـذه هـى صـورة التعـاقد بالمراسلة، التى تزداد شيوعا فى المعاملات التجارية، عن طريـق إيفـاد رسـول أو بالبريد أو عن طريق البرق أو " التلكس" أو " النـت" أو مـا يشـبه ذلـك مـن وسائل الاتصال الأخرى.

يجب لإنعقاد العقد بين غائبين أن يصل القبـول إلـى علـم الموجـب قبـل سقوط الإيجـاب ويسـقط الإيجـاب بمـرور الفـترة المحـددة للقبـول، سـواء أكـان تحديدها صريحاً أو ضمنياً.

(د) **أهمية تحديد زمان ومكان العقد**:

يثير التعاقد بالمراسلة مسألة هامة هى تحديد زمان ومكان إنعقاد العقـد، وتبدو أهمية ذلك من عدة وجوه: [١]

١- إن تحديد وقت انعقاد العقد يتوقف عليه تحديد إمكانية عدول الموجـب عـن إيجابه، وعدول القابل عن قبوله، حيث يترتب على تلاقى القبول بالإيجاب عدم الاعتداد برجوع الموجب أو القابل.

٢- ترتبط آثار العقد بوقت انعقاده، فابتداء من هذا الوقـت يصبـح العقـد ملزمـاً لطرفيه ومنتجاً لآثاره. ففى البيع، مثلا، تنتقل ملكية المبيـع إلـى المشـترى إن كـان منقـولاً معينـاً بذاتـه، فـإذا أوقـع دائـن البـائع الحجـز علـى المبيـع

(١) Flour, le rapport d'obligation, 2002, p. 325.

لايسرى هذا الحجز على المشترى، وتصبح الثمار التى ينتجها المبيع من حق المشترى.

٣- تبدو أهمية تحديد وقت العقد فى حالة شهر الإفلاس. إن العقد الذى يبرمه التاجر المفلس يختلف حكمه بحسب ما إذا تم قبل أو بعد شهر الإفلاس أو قبل التوقف عن الدفع. فالتصرفات التى تبرم بعد هذا الحدث لاتسرى، كقاعدة عامة فى حق الدائنين.

٤- يحدد تاريخ إبرام العقد، فى حالة صدور قانون جديد، القانون الواجب التطبيق عليه فى تحديد شروط صحته وترتيب آثاره.

٥- يرتبط تحديد مكان إبرام العقد بتحديد وقت انعقاده، فالعقد ينعقد فى المكان الذى يتم فيه تلاقى الإرادتين، ويتوقف على مكان العقد تحديد القانون الواجب التطبيق إذا كان العاقدان يقيمان فى دولتين، وكثيرا ما تتحدد المحكمة المختصة إقليمياً بحكم ما قد ينشأ عن العقد من منازعات بهذا المكان.

(هـ) معيار تحديد زمان ومكان العقد:

أولا: إذا كان التعاقد بين حاضرين فإنه لايثير أية صعوبة فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، حيث يلتقى القبول بالإيجاب مباشرة فى مجلس العقد.

ثانيا: وإذا كان التعاقد بالتليفون فإنه يعتبر تعاقدا بين حاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد، ذلك أن التعبير عن الإرادة يصل إلى علم الآخر فور صدوره دون فاصل زمنى، كما لو كان فى مجلس واحد.

أما من حيث المكان فيعتبر التعاقد بالتليفون تعاقداً بين غائبين لأن كل طرف يوجد فى مكان مختلف عن الآخر، ومن ثم فإن العقد ينعقد فى المكان الذى يوجد فيه الموجب لأنه مكان العلم بالقبول كما سنرى حالا.

ثالثا: وإذا كان التعاقد بين غائبين، فقد اختلفت الآراء فى هذا الشأن بين أربعة اتجاهات: [1]

---

(١) Mazeaud, le contrat, question d'actualite, P. Affiches, 2000, p. 85.

١- يرى البعض أن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول ممن يوجه إليه الإيجاب، ففى هذه اللحظة يتحقق تطابق الإرادتين من خلال اقتران الإيجاب بالقبول. ويسمى هذا الرأى بمذهب إعلان القبول.

٢- ويرى البعض أنه لايكفى إعلان القبول بل يلزم تصديره، فالعقد ينعقد إذا أصبح القبول نهائياً وذلك بخروجه من حوزة صاحبه بتصديره، بوضعه فى صندوق البريد أو تسليم البرقية إلى مكتب الإرسال أو إنطلاق رسول به. ويسمى هذا الرأى بمذهب تصدير القبول.

٣- ويرى البعض أن العقد ينعقد بتسليم القبول أى بوصوله إلى الموجب. ذلك أن القبول بهذا الوصول يصبح نهائياً لايمكن استرداده أو الرجوع فيه. ويسمى هذا الرأى بمذهب تسلم القبول أو وصول القبول.

٤- ويرى البعض أن العقد لاينعقد إلا إذا علم الموجب بالقبول، فبهذا العلم يثبت توافق الإرادتين، ذلك أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه. ويسمى هذا الرأى بمذهب العلم بالقبول.

أخذ القانون المصرى صراحة بمذهب العلم بالقبول. [(١)] معنى ذلك أن زمان انعقاد العقد هو وقت علم الموجب بقبول إيجابه، وأن مكان انعقاده هو المكان الذى يوجد فيه الموجب وقت علمه بالقبول، ولم يشترط القانون ثبوت العلم الفعلى بل جعل من وصول القبول إلى الموجب قرينة على العلم به، ولكنها قرينة بسيطة يستطيع الموجب إثبات عكسها بكل طرق الإثبات، ومن ثم

(١) تنص المادة ٩٧ مدنى على أنه: " ١- يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك. ٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول". ويعتبر هذا النص تطبيق للمبدأ العام الذى عبرت عنه المادة ٩١ بقولها: " ينتج التعبير عن الإرادة اثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، مالم يقم الدليل على عكس ذلك". (نقض ١٩٨٤/١١/٢٦ س ٣٥ ص ١٩٢٠).

يستطيع الموجب إثبات عدم علمه بالقبول على الرغم من وصوله إليه.[1] ويتحقق ذلك إذا ما أراد التمسك بعدم انعقاد العقد أو سقوط إيجابه بانقضاء ميعاده، قبل علمه بالقبول، وكان القبول قد وصل إليه قبل إنقضاء الميعاد.

وقد تكون للقابل مصلحة فى إثبات عدم علم الموجب بالقبول على الرغم من وصوله إليه لمنع انعقاد العقد، ويتحقق ذلك إذا كان قد رجع فى قبوله وأراد إثبات اتصال الرجوع بعلم الموجب قبل اتصال القبول بعلمه.

ويلاحظ أن الحكم السابق لايتعلق بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على مايخالفه، فيمكنهم الاتفاق على تحديد وقت ومكان انعقاد العقد بطريقة مخالفة، كالاتفاق مثلا على إنعقاد العقد بمجرد إعلان القبول وصوله إلى علم الموجب وقد يتضمن القانون حكماً مخالفاً كما هو الحال فى العقود الشكلية والعينية، حيث ينعقد العقد فى الزمان والمكان اللذين يتحقق فيهما الشكل أو التسليم المطلوب.

(١) وطبقا لقضاء النقض ينبغى على الموجب أن يثبت كذلك إن عدم علمه بالقبول فور وصوله إليه لم يكن راجعاً إلى خطأ منه: " مفاد نص المادة ٩١ أن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله أو كان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه". (نقض ١٩٧٢/١/١٥ س ٢٣ ص ٦٧).

المبحث الثانى
صحة العقد الدولى (عيوب الإرادة)

(أ) **شروط صحة العقد الدولى:**

لايكفى مجرد توافر التراضى كى ينعقد العقد صحيحاً، بل يلزم أن يكون خالياً من العيوب وأن يتمتع أطرافه بالأهلية القانونية وأن يكون لـه سبب ومحل مشروعين، وذلك هو المفهوم الفرنسى.

أما بالنسبة للعقود الدولية فإن شروط صحتها تبدو أكثر مرونة من نظيرتها فى القانون الفرنسى، فمبادئ القانون الموحد تبدو ذات مغزى واضح فى هذا الصدد، حيث تكرس جل إهتمامها لموضوع حماية التراضى، فطبقاً لتلك المبادئ تقتصر أسباب عدم صحة العقد على عيوب الإرادة والغبن المتمثل فى حصول أحد المتعاقدين على ميزة مبالغ فيها Avantage exessif.[(١)]

وتقضى القواعد العامة بأنه يلزم أن تكون إرادة كل من المتعاقدين سليمة خالية مما يعيبها، ويتحقق ذلك إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد على بينة من أمره، ويتمتع بحرية كاملة فى الإقدام على العقد، لابد أن تكون الإرادة مستنيرة بكل ظروف التصرف الذى تشارك فى إتمامه وغير مدفوعة إلى ذلك بضغط غير مشروع. فإذا كانت الإرادة معيبة فإن العقد رغم انعقاده يكون قابلاً للإبطال، والإرادة المعيبة هى إرادة موجودة ولكنها غير سليمة، أى شابها عيب من عيوب الرضا وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، فإذا وقع المتعاقد فى الغلط أو دلس عليه أو كان رضاه قد حدث تحت تأثير إكراه أو استغلال، فإن الرضا يكون موجوداً ويقوم العقد ولكنه مهدد بالزوال أى باطل بطلاناً نسبياً.

---

(١) Ellington, la conception anglaise des contrats, p. 385.

وتقوم نظرية عيوب الرضاء على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فأساس الإلتزام هو الإرادة السليمة، فلا تكون الإرادة مستقلة إذا صدرت تحت تأثير الإكراه أو الوهم والتصور الخاطئ. وحيث أن الإرادة هى ركن التصرف القانونى، تنشئه وتحدد آثاره، فيجب أن تكون بريئة من كل عيب يشوبها، وذلك كى يتوافر لها سلطانها الكامل فى هذا المجال. ولا يقتصر دور تلك النظرية على حماية المتعاقد الذى تعيبت إرادته، بل تقوم أيضاً على فلسفة الحرص على استقرار المعاملات وذلك من خلال مراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، لذلك يشترط لإبطال العقد بسبب أحد عيوب الإرادة شرطان: الأول، أن يكون العيب دافعا إلى التعاقد، بأن يثبت أن المتعاقد لم يكن ليبرم العقد لولا الغلط الذى وقع فيه أو التدليس الذى خدع به، أو الرهبة التى أثارها الإكراه فى نفسه، أو الاستغلال الذى نتج عنه الغبن الفاحش. الثانى: اتصال المتعاقد الآخر بالعيب الذى شاب الإرادة، أى كان على علم به أو بوسعه تبينه، حتى لايفاجأ بطلب إبطال العقد لمجرد عيب نفسى خاص بالمتعاقد الآخر، بينما هو لا يعلم عن ذلك شيئاً.

ويفترض القانون سلامة إرادة المتعاقدين من العيوب، لذلك لايلتزم من يتمسك بانعقاد العقد صحيحاً بإثبات خلو رضاء المتعاقدين من العيوب، بل إنه إذا ادعى شخص وجود أحد العيوب، تعين عليه إقامة الدليل على مايدعيه. ونعرض فيما يلى لعيوب الرضا كل على حدة.

ويعرف القانون الدولى ثلاثة أنواع من عيوب الرضا هى الغلط والتدليس والإكراه، بالإضافة إلى الغبن المتمثل فى الميزة المبالغ فيها.

(ب) **الغلط**: L'erreur

تعريف الغلط محل جدل لأنه ينبغى الأخذ فى الحسبان أمرين متناقضين: الأول هو الرغبة فى حماية إرادة المتعاقد من الوقوع فى الغلط تستوجب تبنى تعريفاً واسعاً له. الثانى هو أن الغلط يمكن أن يقدم ذريعة سهلة لكل من يرغب فى التخلص من التزامه، لذا يجب ألا يقبل التمسك به إلا على سبيل الاستثناء حتى لايشكل مساساً بالاستقرار التعاقدى.

إن كل نظام قانونى يعرف فكـرة الغلـط ويعطيـها مفـهوماً خاصـاً علـى ضـوء السياسـة التـى يتبناهـا فـى التوفيـق بيـن الجـانب الحمـائى والاسـتقرار القانونـى.

فبالنسبة لمبادئ القانون الموحد يعرف الغلط بأنه إعتقـاد خـاطئ يتعلـق بالواق أو بالقانون. إن المساواة فى المعاملة بين هذين النوعين من الغلـط مـرده تعقد وتنوع الأنظمة القانونية على نحو يؤدى إلـى كثرة الوقـوع فـى الغلـط فـى المعاملات الدولية.

إن الاعتقاد الخاطئ مناط وجود الغلط ينبغى أن يوجد وقت إبرام العقد، وأن يمثل درجة معينة من الأهمية. تتمثل تلك الأهمية فـى أن الشـخص المعتـاد الموجود فى نفس الظروف ماكان ليبرم العقد أو ما كان ليبرمـه بنفس الشـروط إذا أدرك حقيقة الأمر، أى إذا لم يكن قد وقع فى الغلط.

ومن الضرورى كذلك حمايـة المتعـاقد الآخـر حسـن النيـة الـذى يكـون خارج دائرة الغلـط إذا لـم يكـن قـد تسـبب فـى هـذا الغلـط أو اسـتغله بطريقـة أو بأخرى، هنا لايتم الحكم بالبطلان.

ومن جهة أخرى فإن الشخص الواقع فى الغلط لايمكنـه التمسـك بـه إذا كان قد ارتكب خطأ جسيماً (نفس الفكرة بالنسبة للغلط غير المغتفر فـى القـانون الفرنسى).

وفى النهاية فإنه لايمكن التمسك بالغلط إذا كان يعد جـزءاً مـن مخـاطر العقد.[1]

والواقع أن ماسبق لا يخرج عن مـ ـهوم القـانون المصـرى للغلـط الـذى جاء محكماً ومراعياً لكافة الاعتبارات، فالغلط وهْمَ يقوم بذهن المتعاقد فيصـور

(1) Art. 3-5, 1 l'unidroit وتنص المادة ١/٤٨ من إتفاقية فيينـا بشـأن قـانون المعـاهدات التى تبرمها المنظمات الدولية على أنه يجوز للدولـة الاسـتناد إلـى الغلـط فـى معـاهدة كسبب لإبطال إرتضائها الالـتزام بـها، إذا تعلق الغلـط بواقعـة أو حالـة توهمـت هـذه الدولـة وجودهـا عنـد إبـرام المعـاهدة وكـانت سـبباً أساسـياً فـى إرتضائـها الالـتزام بالمعاهدة.

له الأمر على غير حقيقته، ويدفعه ذلـك إلـى التعـاقد. ولايكفـى للتمسـك بإبطـال العقد وقوع أحد المتعاقدين فى غلط جوهرى، بل يلزم أن يكون هذا الغلط داخلاً فى نطاق العقد، أى يجب أن يتصل بالمتعاقد الآخر، ويتحقق ذلـك إذا كـان ذلـك المتعاقد قد وقع فى نفس الغلط أو كان على علم به أو كـان مـن السـهل عليـه أن يتبينـه. ولايجـوز لمـن وقـع فـى غلـط أن يتمسـك بـه علـى وجـه يتعـارض مـع مايقضى به حسن النيـة، ويبقـى بـالأخص ملزمـاً بـالعقد الـذى قصـد إبرامـه إذا أظهر الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد.

(جـ) **التدليس**: **Le dol**

يواجه هذا العيب السلوك التدليسى للشخص فـى مواجهـة الآخـر، وهـو مايطلق عليه Fraudulent misrepresentation فـى القـانون الانجليـزى. يتمثـل هذا السلوك فى أعمـال أو سـكوت، أى إخفـاء إرادى لمعلومـات ضروريـة عـن الطرف الآخر.

وطبقاً لمبادئ القانون الموحد فـإن هـذا العيـب هـو تطبيـق لمقتضيـات حسـن النيـة المطلـوب بصفـة خاصـة فـى المعـاملات التجاريـة، بالإضافـة إلـى الالتزام بالاعلام قبل التعاقدى.

ولاشـك أن الصفـة الدافعـة للتدليس شـرط رئيسـى لطلـب البطـلان، ولايكفى مجرد المبالغة فى الاعلان عن المنتج أو الخدمة للقول بوجود التدليس.

والواقع أن التدليس هـو اسـتعمال طـرق احتياليـة بقصـد إيـهام المتعـاقد بأمر مخالف للحقيقة ودفعه إلى إبرام العقد بناء على ذلك الوهم، أى يـؤدى إلـى تضليل المتعاقد ويجعله معتقداً أمراً مخالفاً للحقيقة أى يوقعـه فـى غلـط، فيكـون رضـاء المتعاقد بالعقد معيباً لأنه لم يكن على بينة من أمره عند إبرامه.

ويقع عبء إثبات التدليـس علـى عـاتق مـن يدعـى وجـوده وقـت إبـرام العقد، ولا يجاب إلـى طلـب الإبطـال إلا بإثبـات حصـول التدليـس مـن المتعـاقد الآخر أو من نائبه أو علمه أو استطاعة علمه إذا كان واقعا من الغير. (١)

---

(١) تنص المادة ٤٩ من إتفاقية فيينا على أن للدولة أن تدفع ببطلان إرادتـها إذا كـانت قـد اندفعت إلى إبرام معاهدة بسبب السلوك الخداع لدولة أخرى تفاوضها.

(د) **الإكراه**: **La violence ou la crainte**

الإكراه كعيب فى الإرادة يتمثل فى قيام الشخص بإبرام التصرف تحت تأثير الرهبة التى تولدت فى نفسه نتيجة تهديده بأذى أو خطر معين، فهو تهديد المتعاقد دون حق بخطر يبعث فى نفسه رهبة تحمله على التعاقد، فالشخص المكره ماكان ليبرم العقد لو كانت إرادته حرة ولكنه مجبر لايملك الرفض حتى يتفادى الأذى المحدق به.

فالإكراه يشمل كل تهديد غير مشروع يفسد الرضاء، ويطلق عليه العنف فى فرنسا، وكذلك الحال فى ألمانيا وإيطاليا. ويميز القانون الانجليزى بين ما إذا كان للإكراه تأثير واقعى (duress) أم لا (undue influence).

ومجرد التهديد وحده لايكفى بل ينبغى أن يكون مهيمناً وخطيراً حتى لايترك للشخص أى مخرج معقول للابتعاد عن إبرام العقد بتلك الشروط، أى شبه مجبر على ذلك.

ويجب أن يكون التهديد غير مشروع أى لا أساس له من القانون، ويشمل ذلك استعمال أى وسيلة غير مشروعة.[1]

(هـ) **الميزة المبالغ فيها**: **Avantage Excessif**

بالإضافة إلى العيوب الثلاثة السابقة التى أقرها القانون الموحد، وأضاف إليها هذا العيب الجديد، الذى يقترب من فكرة الغبن Lésion، وهى تضم أيضا فكرة الشرط التعسفى.

يحصل المتعاقد على الميزة المبالغ فيها عندما يستغل بطريقة غير شريفة حاجة شخص أو اعتماده على أمر معين dependance أو العوز الاقتصادى detresse économique أو الحاجيات الملحة L'urgence des besoins أو الأمر غير المتوقع L'imprévoyance أو الجهل وعدم الخبرة

---

(١) تنص المادة ٥١ من اتفاقية فيينا على أنه لايكون لتعبير الدولة عن ارتضائها الالتزام بمعاهدة أى أثر قانونى إذا صدر نتيجة إكراه ممثليها بأفعال أو تهديدات موجهة ضدهم.

L'inexperiance, l'ignorance أو عدم القدرة على التفاوض Inaptitude، وفى النسخة الانجليزية نستخدم تعبير الظلم الفاحش Injustice grossiere .[1]

ويتعين وجود الطابع المغالى فيه للميزة عند إبرام العقد، أى وجود عدم تعادل واضح بين إلتزامات الأطراف. ويجب أن يكون عدم التعادل كبيراً على نحو يسبب صدمة للشخص العادى؛ إلا أنه مع ذلك غير محدد بكمية أو رقم معين بخلاف الحال بالنسبة للغبن فى القانون الفرنسى.[2]

إن الوضع السابق ناجم عن استغلال غير أمين لعلاقة تعاقدية غير متوازنة، مما يقربنا من الشروط التعسفية، مع أن تلك الأخيرة ذات نطاق أوسع إما بسبب طبيعتها أو الغاية من العقد، وينطبق ذلك بصفة خاصة على الشروط غير العادلة (المجحفة) أو المساوئ desaventages غير المعقولة المنصوص عليها فى العقد.

(و) جزاء عيوب الإرادة:

يجوز إبطال العقد، ويمكن كذلك أن يطلب الطرف المضرور من القاضى تطهير العقد وتصحيحه وإعادة توازنه وتوافقه مع مقتضيات حسن النية فى المسائل التجارية.

---

(١) Art. 3-10, 1-9 de l'unidroit.

(٢) Dubuisson, la theorie génerale des obligations, 2005, p. 328.

الغبن: هو عدم التعادل بين مايعطيه العاقد ومايأخذه بموجب العقد، كمن يبيع شئ بنصف قيمته، فالمعيار فى الغبن يتسم بالطابع المادى البحت. **أما الاستغلال** فهو أمر نفسى حيث ينتهز أحد المتعاقدين حالة الضعف النفسى الموجودة لدى المتعاقد الآخر للحصول على مغانم صارخة تؤدى إلى عدم التعادل الشاسع بين الأداءات فى العقد، فالغبن هو المظهر المادى للاستغلال. ولايكفى للطعن فى العقد بالاستغلال مجرد عدم التعادل اليسير بين التزامات الطرفين، بل يلزم أن يكون عدم التعادل فادحاً أى على درجة كبيرة من الجسامة (م ١٢٩، ١٣٠ مدنى).

أما الغبن فهو مجرد عيب مادى فى عقد المعاوضة لا يؤثر، كقاعدة عامة، على صحته لأن للأفراد حرية تحديد مضمون العقد، ولا يعتد المشرع بالغبن إلا فى بعض الحالات الخاصة المنصوص عليها صراحة. لعل أهمها بيع عقار مملوك لشخص غير كامل الأهلية إذا تجاوز الغبن فيه خمس قيمة العقار (م ٤٢٥ مدنى)، والغبن الذى يزيد عن خمس قيمة نصيب المتقاسم فى عقد القسمة (م ٨٤٥ مدنى) متعددة

وطبقاً لمبادئ القانون الموحد فإن البطلان يمكن أن يتم دون اللجوء إلى القضاء بمجرد الإخطار بالإرادة المنفردة، ويترتب على ذلك إعادة الحال إلى ماكان عليه الأمر قبل التعاقد، واسترداد كل طرف ماسبق أن قدمه طبقاً للعقد الذى يعتبر وكأنه لم يوجد من قبل لزواله بأثر رجعى، وعند استحالة الاسترداد العينى فإنه يتم دفع تعويض معادل لما كان يجب رده.

أضف إلى ذلك أن الطرف المضرور يمكنه الحصول على تعويض من الطرف الآخر إذا كان قد تسبب فى البطلان أو كان يعلم أو ينبغى أن يعلم بسبب البطلان. وهذا التعويض لا يغطى مع ذلك سوى مصاريف العقد. [١]

وفى النهاية فإن الأحكام السابقة يقتصر تطبيقها على التجارة الخارجية، إلا أنها ذات مضمون أكثر عمومية، حيث يمكن أن نجد فيها نواة لنظرية دولية للالتزامات.

(ى) رشوة ممثل المتعاقد الأصلى:

إن التفاوض على العقود الدولية لايتم دائماً بواسطة ذوى الشأن أنفسهم، بل من خلال خبراء متخصصون ينوبون عنهم فى إبرام تلك العقود. ونظراً لأهمية دور وآراء هؤلاء الخبراء فى إنجاز الصفقات التى تقدر عادة بالملايين، فإن الطرف الآخر كثيراً ما يحاول شراء ذممهم وإفسادهم بطريق الرشوة La Corruption[٢] التى تأخذ أشكال متعددة لعل أهمها العمولة Commission.

ولقد امتد ذلك المرض إلى المعاهدات الدولية، مما دعا إلى مواجهته فى اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٦، حيث نصت فى المادة ٥٠ على أنه إذا كان تعبير الدولة أو المنظمة الدولية عن رضاها الالتزام بمعاهدة قد صدر نتيجة الإفساد المباشر أو غير المباشر لممثلها بواسطة دولة أو منظمة متفاوضة أخرى، يجوز للدولة أو المنظمة أن تستند إلى هذا الإفساد لإبطال رضاها الالتزام

---

(١) Art. 14-3: 18-3 de l'unidroit.

(٢) B. oppetit, le paradoxe de la Corruption à l'épreuve du droit du commerce international, 1987, p. 15.

بالمعاهدة. مؤدى ذلك أن رشوة المفاوض يمكن أن ترتب إبطال المعاهدة لمصلحة الدولة التى يمثلها.

ونفس الحكم بالنسبة للعقود الدولية حيث يمكن أن تؤدى رشوة المفاوض إلى إبطال العقد، وذلك إستناداً إلى سببين:

الأول: القاعدة العامة التى تقضى بأن الغش يبطل التصرفات (Fraus omnia corrumpit) ذلك أن التواطؤ بين الراشى والمرتشى يعد من قبيل الغش لأنه يؤدى إلى إبرام العقد بشروط جائرة. وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: " قاعدة الغش يبطل التصرفات هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص فى القانون، وتقوم على إعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى المعاقدات والتصرفات والإجراءات عموماً صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات، ويستقل قاضى الموضوع باستخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى دون رقابة عليه من محكمة النقض مادامت الوقائع تسمح به". (1)

الثانى: التدليس كعيب للرضاء، حيث أن الطرف الأصيل وافق على إبرام العقد تحت تأثير كذب ممثله المرتشى وعباراته المنمقة، فقد استخدمه المتعاقد الراشى للتدليس على الأصيل وحثه على التعاقد بالشروط المعروضة، ولاشك أن الراشى كان على علم بواقعة الكذب والتضليل. (2)

❖ **تعليق على عيوب الإرادة فى العقود الدولية:**

على ضوء استعراض عيوب الإرادة Vices du consentement ، فإن تطبيقها على العقود الدولية يستدعى لدينا الملاحظات الآتية:

---

(1) نقض ١٩٧٩/٥/٢١ س ٣٠ ص ٣٩٩.

(2) وذلك إعمالاً لنص المادة ١٢٥ مدنى التى تقضى بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائبه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا أثبت أن المدلس عليه ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".
حسام الأهوانى، المفاوضات فى الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولى، ١٩٩٣. أحمد رفعت خفاجى، رشوة مفاوضى العقود الدولية، المحاماة، ١٩٨٦، ص٦٦.

أولاً: يصعب القول بإعمال عيوب الإرادة المطبقة بصدد العقود الداخلية فى مجال العقود الدولية على إطلاقها، اللهم بصدد تلك التى يكون أطرافها من الأشخاص الطبيعيين. ولكن نظراً لأن أغلب هذه العقود يتم إبرامها بين أشخاص إعتبارية (شركات وهيئات ودول ومنظمات ...)، فإن فرص تطبيق عيوب الإرادة تتضاءل كثيراً، حيث يحرص المتعاقدون على تسخير الإمكانيات والخبرات والدراسات لتفادى الوقوع فى الغلط والتدليس، ويصعب تصور الإكراه فى هذا المجال.

ثانياً: إن الأحكام العامة لعيوب الإرادة تكاد تكون واحدة فى كافة التشريعات المعاصرة، مع التفاوت فى بعض الشروط والأحكام، مما قد يثير الخلاف بشأن القانون الواجب التطبيق، لذا يحرص الأطراف على حسم ذلك الأمر عند إبرام العقد كما سنرى.

ثالثاً: يجرى العمل الدولى على تفادى الحكم ببطلان العقد الدولى لأهميته من جهة وصعوبة إعمال آثار البطلان من جهة أخرى، لذا يتم اللجوء غالبا إلى التفاوض من جديد لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية التى أصابها الخلل بسبب تعيب إرادة أحد الأطراف.

رابعاً: إن شخص النائب أو الممثل، وليس الشخص الاعتبارى الأصيل، هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة، بحيث يصبح العقد قابلا للإبطال إذا وقع النائب فى غلط أو كان ضحية تدليس أو إكراه، أو تعرض لاستغلال أدى إلى وقوع غبن فى التصرف الذى أبرمه لحساب الأصيل. وبالمثل فإن العقد يصبح قابلاً للإبطال لمصلحة المتعاقد مع النائب إذا شابت إرادة هذا المتعاقد عيب وقع عليه من النائب.

المبحث الثالث

مقدمات التراضى وأوصافه وتأمينه

المطلب الأول

مقدمات التراضى

ونقصد بذلك المفاوضات Négociation والاتفاقات الأولية Avant-Contrat أو التحضيرية préparatiores أو التمهيدية préliminaires أو الحجز réservation أو الوعد بالتعاقد promesse de contrat ومذكرة التفاهم Memorandum of understanding ، وبرتوكول الإتفاق protocol of agreement أو خطاب النوايا letter of intent أو إتفاق الجنتلمان Gentlemen's agreement والاتفاق الجزئى Accord partiel.[(١)] وقد سبق أن عرضنا لذلك من قبل فنحيل إلى هذا الموضوع فى الفصل السابق.

ولعل القاسم المشترك بين هذه الآليات القانونية هى أنها عقود فى مجملها، ولكنها لاتشكل العقد النهائى، فهى لاتفى وحدها بالغرض المطلوب، حقا إنها ملزمة مثل سائر الاتفاقات، ولكنها ذات طبيعة مؤقتة، حيث ترمى إلى إعداد العقد النهائى، حيث يتولد عنها مجرد الالتزام بإبرام العقد المنشود.

وتثور الصعوبة بصدد تمييز العقود الأولية عن العقد النهائى فيما يتعلق بمعرفة شروط التعاقد الجوهرية من الثانوية، فإذا توافرت الأولى يمكن القول بانعقاد العقد ولو لم تكن الثانية قد توافرت. فمن المقرر أن الاتفاق على المسائل الجوهرية يكفى لإبرام العقد، مالم يشترط الأطراف وجوب التوصل إلى إتفاق على المسائل التفصيلية، وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.[(٢)]

---

(١) R. Schlosser, les lettres d'intention, 2000, p. 50.

(٢) م ٩٥ مدنى.

وتبدو هذه المشكلة بوضوح بالنسبة للوعد بالتعاقد، سواء من جانب واحد أو من جانبين، حيث يمكن أن يقرر القاضى بناء عليه وجود العقد النهائى ويمنع الأطراف من التحلل من التزاماتهم. يتميز الوعد بالتعاقد عن العقد النهائى فى أن الأول لا يضع نفس الالتزامات على عاتق الأطراف، فالوعد بالبيع مثلاً لايؤدى بذاته إلى نقل الملكية، ولكنه على العكس يتضمن إلتزاماً بعمل هو إبرام عقد البيع، وينقلب الوعد فى حالة عدم تنفيذه إلى تعويض بدلاً من السماح بنقل الملكية.

وتكمن الصعوبة فى تكييف الاتفاقات الأولية عما إذا كانت تعد نهائية أم معلقة على شرط أم مؤقتة لحين أن يأتى التراضى الحقيقى لاحقاً لها. ويمكن النظر إلى تحقق الشرط على أنه أمر خارجى عن إرادة الواعد، ومن ثم يعاد تكييف الوعد إلى عقد نهائى إذا اعتبرنا أن الرضاء قد صدر بصدد الأمور الأساسية فى العقد.

لكل ماسبق فإنه يتعين على الأطراف الحذر فى صياغة تلك الاتفاقات الأولية والوعد بالتعاقد بصفة خاصة، وأن يكون التعبير عن الإرادة واضحاً فى تعليق إبرام العقد النهائى على تحقق شرط معين أو اتخاذ خطوة أساسية فى هذا الصدد، حتى لا يترك الأمر للاجتهاد القضائى، فمن المقرر أن القاضى يتمتع بسلطة تقديرية كاملة للتحقق من الإرادة الحقيقية لأطراف العلاقة التعاقدية. (1)

المطلب الثانى
أوصاف التراضى

إن التراضى على العقد يمكن أن يكون بسيطاً، ويمكن أن يتم فى شكل معين أو يقترن بوصف محدد بحسب الظروف والأحوال. وتتعدد تلك الأوصاف وتتنوع طبقاً لمصالح المتعاقدين، ولعل أهمها:

---

(1) Uytvanck, la pratique d'entreprise belges en matiere de contrat international, 2003, p. 325.

(أ) الوعد بالتفضيل:

هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين، أو كل منهما، إذا ماقرر الدخول فى علاقة تعاقدية معينة، أن يفضل الطرف الآخر على غيره من الراغبين فى التعاقد، فهو إتفاق كامل يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، إلا أنه يمهد للعقد المحتمل إبرامه. وهو يلزم الواعد بأن يعرض الصفقة بداية على الموعود له، وقد يعقد شخصان إتفاقاً يعد فيه كل منهما الآخر بتفضيله على غيره إذا ما أراد يوماً أن يتفاوض بشأن عقد معين.

والوعد بالتفصيل قد يأخذ صورة عقد التفضيل Contrat de préférence أو شرط يدرج فى عقد آخر ويطلق عليه شرط التفضيل Clause de préférence ، الذى يأخذ أهمية خاصة ويشيع استخدامه فى عقود التجارة الدولية مثل عقد التوريد والامتياز التجارى، حيث يساهم هذا الشرط فى إعادة التوازن العقدى وتحسين مركز الطرفين فى مجال المنافسة، والتخفيف من حدة شرط القصر الذى يرد عادة فى مثل هذه العقود. (١)

ويأخذ شرط التفضيل عادة فى مثل هذه العقود ثلاث صور:

أولاً: شرط العرض المنافس Clause de l'offre Concurrente ، وبمقتضاه يلتزم المتعاقد، إذا ماتلقى عرضاً منافساً من الغير أثناء مدة العقد، أن يعرضه أولاً على الطرف الآخر، فإذا قبل الأخير التعامل معه وفقاً لشروط هذا العرض، فإن العقد يستمر بعد تعديله على أساس هذه الشروط، وإلا جاز له التعاقد مع الغير صاحب العرض الجديد، ويكون العقد الأول فى هذه الحالة مفسوخاً من تلقاء نفسه.

ثانيا: شرط العميل الأولى بالرعاية Clause du client le plus favorise، وبمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بأن يمنح الطرف الآخر نفس الشروط المميزة التى ينوى منحها للغير فى المستقبل فى عقد مماثل. فقد يقرر مورد التكنولوجيا منح عملاءه مزايا جديدة، هنا يلتزم تجاه عميل معين بالاستفاقة من

(١) M. Fontaine, F. Dely. Droit des Contrats Internationaux, 2003, p. 109.

هذه المزايا من يوم تطبيقها على الآخرين. ويرمى هذا الشرط إلى تعديل العقد كى يتوائم مع المعطيات الجديدة للسوق الدولية، حتى يظـل مركـز العميل قوياً فى حلبة المنافسة.

ثالثاً: شـرط الرفـض الأول Clause de premier refus ، وبمقتضـاه يلتزم أحد الطرفين بألا يتعاقد مع ال غير إلا بعـد عـرض الأمـر علـى الطـرف الآخر ويرفض الأخير هذا العرض، أى أن إبرام العقد مـع الغير لايتـم إلا بعـد رفض الشخص لهذا العقد. مثال ذلـك أن تمنـح شـركة موزعـها الوحيـد فـى بلـد معين حق الرفض الأول لتوزيع منتجات. (١)

(ب) الوعد بالتعاقد: Promesse de contrat

هو إتفاق يلتزم بمقتضـاه شخص يسمى الواعد مـع شـخص آخـر يسـمى الموعود له بإبرام عقد معين فى المستقبل إذا ما أظـهر الموعـود لـه رغبتـه فـى ذلك خلال المدة المتفق عليها.

وللوعد صورتان: وعد ملزم لجانب واحد وهو الغالب، وملزم للجانبين أحياناً، فقد يلجأ المتعاقدان إلى الوعد الملزم للجـانبين حتـى يضمنـا إبـرام العقـد النهائى بعد زوال العقبة القانونية التى تمنع إبرامه مباشـرة، مثـل صـدور قـرار إدارى أو تصديق البرلمان أو الوزير المختص، هنا نكون بصدد **عقـد ابتدائـى**، وهو عقد كامل استوفى كل الأحكـام المتطلبـة للانعقـاد والصحـة، ويرتـب كافـة الآثار باستثناء مايعلق القانون منها على إجـراء معيـن. وعلـى كـل مـن طرفـى العقد الابتدائى الالتزام باستيفاء الاجراءات اللازمة لإبـرام العقـد النـهائى الـذى يتم بنفس شروط العقد الأول مالم يتفق على إجراء تعديل فيها.

ويشترط لانعقاد وصحـة الوعـد نفس الشـروط اللازمـة فـى كل عقد، بالإضافة إلى بيان جميع المسائل الجوهرية للعقد المـراد إبرامـه، وتعييـن المـدة التى يجب خلالها الإعلان عن الرغبة فى إبرام العقد الموعود به، وإفراغ الوعد فى ذات الشكل الذى يتطلبه القانون لذلك العقد.

(١) J. M. Deleuze, le contrat International de licence de Knowhow, 1988, p. 138.

يسقط الوعد إذا انقضت المدة المحددة دون إبداء الموعود له رغبته فى التعاقد، أما إذا أبدى الأخير رغبته خلال المدة، فإن العقد ينعقد ويصبح واجب النفاذ. (١)

(جـ) التعاقد بالعربون: Arrhes

يتردد أحد الأطراف، أحياناً، بين إبرام العقد نهائياً وبين الخشية من ضياع الفرصة فى حالة التأخر، لذلك كثيراً مايكون تلاقى الإرادتين مصحوباً بدفع مبلغ من النقود يسمى بالعربون، ويقصد به إما تأكيد إنعقاد العقد، وإما حفظ الحق لكل من الطرفين فى العدول عن العقد.

وقد يتفق الطرفان فى عقد نقل التكنولوجيا فى بعض الأحيان على أن يقوم طالب المعرفة الفنية بدفع مبلغ من المال مقابل إطلاعه على أسرار هذه المعرفة، ويعتبر هذا المبلغ بمثابة ضمان لعدم إفشاء سرية المعلومات أو استخدامها. وفى حالة التوصل إلى إبرام العقد، فإن هذا المبلغ يسترده صاحبه أو يفقده باعتباره تعويض أو مقابل الاطلاع على المعرفة الفنية، ويتم الاتفاق على ذلك مقدماً بين المتعاقدين. (٢)

(د) العقد المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل:

يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع. فإذا كان الشرط واقفاً Condition Suspensive فإن الالتزام لايوجد إلا بوقوع الشرط. أما إذا كان الشرط فاسخاًResolutoire، فإن الالتزام يكون موجوداً ونافذاً فى الحال ولكنه معرض للزوال عند تحقق الشرط.

يكون الالتزام لأجل Terme إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع. فالالتزام الموصوف بأجل واقف يكون قائماً ومؤكداً،

---

(١) م ١٠١ ، ١٠٢ مدنى.

(٢) Montero, la Vent, 2003, p. 85.
J. M. Deleuze, op. cit., p. 38.

ولكنه مؤجل النفاذ.[1] أما الأجل الفاسخ فيترتب على حلوله إنقضاء الالتزام وإنتهاء تنفيذه. مثاله عقد التوريد لمدة سنة.

فقد يتم إبرام العقد الدولى معلقاً على شرط واقف هو صدور قانون معين للاستثمار، وقد يكون معلقاً على شرط فاسخ هو إلغاء ضمانات الاستثمار فى الدولة المضيفة. ويمكن إبرام العقد وتحديد موعد لاحق لتنفيذه (أجل واقف)، وقد يتم تحديد مدة معينة لسريان العقد مثل الاتفاق على توريد التكنولوجيا لمدة عشر سنوات (أجل فاسخ).

وقد يتمثل الشرط فى **تجربة الشئ** موضوع التعاقد لتبين مدى صلاحيته للغرض المقصود منه أو ملائمته للحاجات الشخصية أو للبيئة التى سيتم اختباره فيها، وشرط التجربة يمكن النص عليه صراحة فى العقد الدولى، ويمكن أن يستفاد ضمناً من طبيعة الشئ أو من ظروف التعامل. ويكون العقد هنا معلقاً على شرط واقف هو قبول الشئ بعد تجربته، فإذا تحقق الشرط رتب العقد آثاره من يوم إنعقاده، وإن لم يتحقق الشرط فإن العقد يعتبر كأن لم ينعقد أصلا. وقد يتبين من الاتفاق أو الظروف أن العقد معلق على شرط فاسخ، فهنا يرتب العقد آثاره فوراً، فإذا تحقق الشرط وهو فشل التجربة اعتبر العقد كأن لم يكن، وفى حالة النجاح يتأكد قيام العقد.

ويجوز للمتعاقد أن يقبل الشئ أو يرفضه، ويجب إعلان الرفض خلال المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك إتفاق على المدة جاز تحديد مدة معقولة. فإذا انقضت المدة دون رفض الشئ، فإن السكوت يعتبر بمثابة قبول.[2]

(هـ) العقد المتضمن للتخيير أو البدل:

يكون الالتزام بسيطاً إذا اشتمل موضوعه على شئ واحد أو على عدة أشياء تجب معاً، بحيث لاتبرأ ذمة المدين إلا بأدائها كلها. وقد يتضمن محل العقد عدة أشياء وتبرأ ذمة المدين إذا أدى واحداً منها (التزام تخييرى). وقد

(١) انظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، ص ٣٥٠.

(٢) م ٤٢١ مدنى. Cass. Com., 30 oct. 2000, D. 2001, 241.

يكون المحل شيئاً واحداً فقط، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً من هذا الشئ شيئا آخر (التزام بدلى). والأصل أن يكون الخيار للمدين حيث يمكنه تعيين المحل الذى يتم الوفاء به، ويجوز اتفاق الأطراف على أن يكون الخيار للدائن.

يتم الاتفاق أحياناً، فى العقد الدولى على عدة أشياء يكون للمتلقى حق إختيار الأنسب منها للسوق المحلى. وقد يلتزم المورد بمنتج معين ويحتفظ لنفسه بحق توريد آخر بديل فى حالة تعذر توفير الأول.

(و) التعاقد المباشر وبطريقة المناقصة:

يتم إبرام العقود الدولية عادة عن طريق التعاقد المباشر Le contrat de gré agré وذلك لاعتبارات عديدة لعل أهمها: المحافظة على سرية المعاملة، إختيار متعاقد معين يتمتع بشهرة وسمعة طيبة أو يحتكر التكنولوجيا المطلوبة، الضغوط السياسية، ومقتضيات العلاقات الدولية.

وقد يتم التعاقد بطريق المناقصة Le contrat par l'apprel d'offres ، من خلال طرح مناقصة علنية للحصول على أفضل العروض نظراً لأهمية الصفقة، مثل عقود التوريد والتشييد. وتتم المناقصة L'adjudication على أساس كراسة الشروط Cahier des charges التى يعدها صاحب المشروع مبيناً فيها كافة التفاصيل الخاصة بالعملية. والأصل فى المناقصة أن تكون عامة بحيث يستطيع أى شخص التقدم بعطاء فيها، ويمكن أن تكون مقيدة أى قاصرة على مجموعة أشخاص.

ومن المقرر أن طرح الصفقة للمناقصة هو دعوة إلى التفاوض أو التعاقد. والتقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب، أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد، أى أن رسو المزاد هو القبول الذى ينعقد به العقد. [1]

(١) نقض ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٧ ص ١٠٠٨.
Mauger-Vielpeaux, la vent aux énchères, 2002, p. 17.

(ى) التعاقد الالكترونى: Contrat électronique

يتم إبرام العقد عبر الوسائل التقنية المعاصرة، فهو عقد عـادى، إلا إنـه يكتسب الطابع الالكترونى من الطريقة التى ينعقد بها أو الوسيلة التى يتم إبرامه من خلالها. ينشأ العقد من تلاقى القبول بالإيجاب بفضل التواصل بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعـد (الإنـترنت). يتـم الـترويج وتبادل السلع والخدمات عن بعد دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم فى مكان معين وذلك بالتفاعل بينهم Interactivité من أجل إشباع الحاجات المتبادلة رغم التواجد فى دول مختلفة.

تشهد العقود الالكترونية نموا متصاعدا حيث بـاتت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية بسبب سهولة وسـرعة إبرامـها وتنفيذهـا، حيث يمكن للشخص الوصول إلى مايرغب فيـه مـن خـلال العـروض المتسـعة الخيـار فـى جميع أنحـاء العـالم، بـالضغط علـى لوحـة المفـاتيح الموجـودة بجـهازه الخـاص المتصل بالإنترنت دون حاجة إلى الانتقال. هذا بالإضافة إلـى سـهولة الاتصـال والتفاعل بين طرفى العقد مما يكفل لـهم التفـاوض ومناقشـة بنـود العقـد بحريـة تامة، كما هو الحال، تقريباً، فى التعاقد الذى يتم فى مجلـس العقـد الحقيقـى بيـن الحـاضرين. يصـدر الإيجـاب ويقـترن بـه القبـول بطريـق سـمعى بصـرى Audiovisuel عبر الإنترنت، ومن ثم نكون بصدد عقد فـورى متعـاصر، رغم تمامه عن بعد، ينشأ بين حاضرين فى الزمن وغائبين فى المكان، وينعقد بتحقق القبول الذى يثبته المتعاقد على صفحة موقع الموجب. (١)

ويمكن تنفيذ العقـد الالكـترونى عـن بعـد، حيـث يقـوم الأطـراف، رغم تواجدهم أحياناً فى دول مختلفة، بتنفيذ إلتزاماتهم المتبادلـة إليكترونيـا، كمـا فـى عقود الخدمات المصرفيـة والتعليميـة والقانونيـة والطبيـة وغيرهـا، والحصـول على معلومات أو برامج معينة. وهناك من العقود مايتم تنفيذه خارج الشبكة فـى

(١) Jacquet, Droit du commerce international, 2002, p. 20.

العالم المادى عندما يكون المحل سلعة معينــة أو مـواد يتعين تسـليمها فـى بيئـة مادية، هنا لاتكون الشبكة سوى وسيلة حديثة للتعاقد.(١)

المطلب الثالث
تأمين التراضى

نظرا لدقة وتعقيد العقد الدولى وتنوع مخاطره يحاول الأطـراف توفير السبل والضمانات اللازمة للوصول إلى أفضل النتائج الممكنة، وذلك من خـلال المشورة من جهة وتأمين الصفقة من جهة أخرى.

(أ) عقد المشورة: Contrat de conseil

يجرى اللجوء فى العقود الدولية إلى أهل الخبرة للحصـول علـى الرأى والمشورة بصدد الأمور الصعبة والدقيقة. يتم التعاقد مع استشارى Consultant محترف على تقديم المشورة وفقاً للأصول العلمية والفنية المرعيـة، بخصـوص موضوع الصفقة لتمكين الراغب فى التعاقد من إتخاذ القرار المناسب.

يلـتزم الاستشـارى أو بيت الخبرة بتقديم المشورة غالبـاً فـى صـورة دراسة جدوى للمشروع تبيـن تكاليفه وأرباحه المتوقعة واحتمـالات المخـاطر والنجاح، وينبغى أن تتسم المشورة بالدقة المرجوة، ولكن الالتزام هنا يتمثل فى بذل عناية دون تحقيق نتيجة.(٢)

(ب) تأمين الاستثمار:

من أجل تشـجيع محـاولات الانطـلاق خـارج الحدود للاسـتثمار تضـع الدول أجهزة خاصة على استعداد دائم لتقديم الضمانات اللازمة فى هذا المجـال ضد احتمـالات الفشـل. إن التواجد فـى سوق الاسـتثمار يقتضـى حشـد رءوس أموال ضخمة ذات عبء ثقيل، مع أن نتيجة عائدها احتمالية. تتولى تلك المهمة

---

(١) انظر مؤلفنا فى المسئولية الإلكترونية، ص ٢٥٠.

(٢) Fognart, l'obligation de renseignement, J. T. 2005, p. 314.

فـى فرنسا شـركة التـأمين الفرنسـية للتجـارة الخارجيـة (COFCE) مـن خــلال الإجراءات الآتية:

(١) ضمان الاكتشاف Assurance-proposition ويتمثل فى عقد ضمان ضد مخاطر الخسائر أو عدم تحقيق أربـاح، فـى حالـة النشـاط الاستثمارى فـى الأسواق الأجنبية خارج دول الجماعة الأوروبيـة. وللاسـتفادة مـن هـذا التـأمين يتعين فى البداية وجود موقف مالى صحيح.

تقوم شركة التأمين بتخصيص ميزانية لاكتشاف مجـال اسـتثمار طـوال فترة الضمان، وذلك من خلال تقدير نسبة المبيعات بالمقارنة بالنفقـات، ويمكن أن يتم ذلك على صعيد دولة أو عدة دول أو مجموعة من الاستثمارات. فى حالة فشل الاكتشاف فإن المؤمن له يحصل على جانب من التعويضات، أما فى حالـة النجاح فإنه يسدد للشركة بالتدريج ماتلقاه من تلك التعويضات.

(٢) ضمان الائتمان L'assurance-Crédit ولمواجهة المخاطر الكبرى المتعلقة بعدم السداد التى يمكن أن يتعرض لـها الاسـتثمار، فـإن شـركة التـأمين تضع هذا الضمان أمام المشروعات لتغطية ماقد تتعرض له من خسـائر، سـواء على المدى القريب أو البعيد.[١] ويشمل ذلك مخاطر إفـلاس العمـلاء الأجـانب، والمخاطر السياسية والقوة القـاهرة والكـوارث الطبيعيـة، ومخـاطر عـدم تبديـل العملة أو منع تحويلها للخارج.

إن مزايـا ذلـك التـأمين تبـدو جليـة فـى تغطيـة مخـاطر عـدم السـداد أو التأخير فيه، بالإضافة إلى توفير ضمـان إضـافى للبنـوك المطلـوب منـها تقديـم مساعدات مالية، ومن ثم فإن ذلك يسهل عمليات تمويل المشروعات.[٢]

---

(١) Coipel, assurrancee de protection juridique, 2004, p. 251.

(٢) Fontaine, le droit du contrat d'assurence, Etude comparative, 2004, p. 270.

الباب الثانى

مضمون العقد الدولى

نعرض لمدى حرية الإرادة فى تحديد مضمون العقد، ثم نبين صياغته وتفسيره وتكملته وتكييفه وإثباته ومايتمتع به من قوة ملزمة.

الفصل الأول

دور الإرادة فى تحديد مضمون العقد الدولى

القاعدة هى تمتع أطراف العقد الدولى بحرية تحديد مضمونه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، ولايقيدهم فى ذلك سوى اعتبارات النظام العام.

(أ) مبدأ سلطان الإرادة:

أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين، فالإرادة المشتركة هى أساس العقد حيث تنشئ العقد وتقيمه وتحدد آثاره ومضمونه، وهذا مايطلق عليه مبدأ سلطان الإرادةL'autonmie de la volonté، ويعنى هذا المبدأ أمرين:

الأول: إن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء الالتزام أو التصرف القانونى بوجه عام، بمعنى أنه لايلزم أن يقترن التعبير عن الإرادة بأى إجراء أو شكل خاص، ويكفى التراضى Le Consentement أو الإرادة المشتركة لإنشاء العقد، يشترط المشرع على سبيل الاستثناء، إفراغ التراضى فى شكل محدد بالنسبة لبعض التصرفات.

الثانى: إن لإرادة المتعاقدين المشتركة حرية تحديد مضمون العقد، أى تنظيمه وتحديد آثاره بالطريقة التى يرونها، وهذا هو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث يتضمن القواعد التى يخضع لها أطرافه، ولايجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهم. (١)

مؤدى ذلك إن الإرادة هى صاحبة السلطان الأكبر فى إنشاء العقود دون التقيد بالأنواع التى نظمها المشرع فى نصوص القانون، وتتمتع بحرية الدخول فى علاقة تعاقدية من عدمه، وتحديد مايترتب على العقد من آثار

---

(١) Carbonner, Flexible droit, 1976, P. 219.
انظر مؤلفنا فى نظرية الحق، ٢٠٠٦، ص ١٥٠.

قانونية، وتعديل هذه الآثار بعد قيامها، وإنهاء العقد بعد إبرامه، ولايحد من سلطان الإرادة فى ذلك كله، إلا اعتبارات النظام العام.

إزدهر هذا المبدأ خلال القرن التاسع عشر مع إزدهار المذهب الفردى، إلا أنه ما لبث أن تقلص مع بداية القرن العشرين، بعد تغير العوامل الاقتصادية والظروف الاجتماعية، لذا ظهرت الكثير من القيود التشريعية والقضائية على المبدأ لمعالجة الأوضاع الناشئة عن التفاوت فى مراكز المتعاقدين من جهة، وحماية صالح الجماعة من جهة أخرى[1]. ولكن مبدأ سلطان الإرادة عاد إلى الازدهار من جديد منذ نهاية القرن السابق وبداية القرن الحالى حيث سيطرت على السياسة الاقتصادية حرية آليات السوق والخصخصة والعولمة وتأكيد مبدأ الحرية التعاقدية والعقد شريعة المتعاقدين.

(ب) الشكلية فى العقد الدولى:

القاعدة العامة فى القانون هى أن العقود رضائية يكفى التراضى لانعقادها، ويتم التعبير عن الإرادة بأية طريقة، مالم يقض بغير هذا نص خاص أو إتفاق معين.

أما العقد الشكلى فيلزم لقيامه توافر شكل معين يحدده القانون، فقد يشترط القانون أن يتم التعبير عن الإرادة فى شكل محدد، ويكون هذا الشكل فى الغالب، محرراً رسمياً، كما هو الشأن فى عقد بيع السفينة البحرية، ويوصف بأنه عقد رسمى. وقد يستلزم المشرع الكتابة العرفية التى يقوم بها الأطراف أنفسهم دون تدخل موظف رسمى، كعقد الشركة والاتفاق على نقل حقوق المؤلف للغير والشكل الذى يتطلبه القانون يعتبر ركناً فى العقد لايقوم بدونه، ولكن هذا الشكل لايغنى عن التراضى بل يضاف إليه.

ولكن يجوز إتفاق المتعاقدين على إبرام العقد الرضائى فى شكل معين، عندئذ يصبح العقد شكلياً بالاتفاق، فالعقد قد يكون رضائياً، أى يكفى التراضى

---

(١) V. Panouil, l' autnomie de la Volonté, naissance et évolution d'un concept, 1980, p.135

لانعقاده كالبيع فينقلب شكلياً بين الطرفين كما لو اتفق البائع والمشترى على أن البيع لاينعقد إلا إذا تحرر به سند كتابى رسمى أو عرفى.

ويجب التمييز بين الكتابة اللازمة لانعقاد العقد والكتابة اللازمة لاثباته. فقد يتطلب القانون أو المتعاقدان كتابة العقد لمجرد إثباته لا لانعقاده. هنا يظل العقد رضائياً ينعقد بالتراضى ودون كتابة، ويترتب على عدم كتابته عدم جواز إثباته بالبينة والقرائن وإن كان يجوز إثباته بما يقوم مقام الكتابة، وهو الإقرار اليمين. (١)

وينبغى كذلك التمييز بين الرسمية اللازمة لانعقاد العقد وإجراءات الشهر التى يتطلبها القانون لترتيب بعض الآثار على التصرف أو الاحتجاج به على الكافة.

ومن المقرر بالنسبة للعقود الدولية أنها فى إبرامها من حيث الشكل تخضع لقانون الدولة التى تم إبرام العقد فيها، ويجرى العمل على إشتراط الكتابة لانعقاد العقد الدولى. تنص المادة من قانون التجارة المصرى، مثلاً، على أنه يجب أن يكون عقد نقل التكنولوجيا مكتوباً وإلا كان باطلاً ، فالكتابة لازمة هنا لانعقاد التصرف وتعد ركناً شكليا من أركان العقد لاينعقد بدونها، وهى ضرورية لوجوده قانوناً. ويعنى تخلفها إنعدام أثره نتيجة لبطلانه ويعد ذلك إستثناءاً من مبدأ الرضائية وقيداً على مبدأ سلطان الإرادة(٢).

(ج) تحديد مضمون العقد الدولى:

يبدو التطور السابق واضحاً وجلياً على صعيد التجارة الدولية، حيث تشهد المعاملات فى هذا المجال نمواً متزايداً مع تنامى ظاهرة العولمة والتقدم التقنى وماتبعه من تواصل وترابط بين كافة أنحاء المعمورة من خلال شبكة الاتصال (الإنترنت) والفضائيات وغيرها. وأصبح مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس فى إختيار التعاقد وتحديد مضمونه وآثاره، بالإضافة إلى تعيين القانون

(١) انظر مؤلفنا فى الإثبات التقليدى والالكترونى، ٢٠٠٥، ص ١٥٠.

(٢) Benabenit, les Contrats spéciaux, p. 254, Cheishire, law of contract, 1996, p. 575.

الواجب التطبيق والقضاء المختص، بل وأكثر من ذلك خلق القانون الذى يحكم العقد، وهذا مايطلق عليه الإرادة الشارعة، وإنشاء القضاء الذى يتولى حسم المنازعة الناشئة عن الرابطة العقدية بعيداً عن القضاء الوطنى، حيث ساد نظام التحكيم وأصبح هو الأساس فى هذا المجال.

ولعل القيد الوحيد القائم، ويثير الجدل حول مضمونه وتطبيقه هو النظام العام أو فكرة السيادة أو قوانين البوليس.

إن الحديث عن مضمون العقد Le Contenu de Contrat أمر يتصف بالعمومية والتجريد، حيث أن كل عقد له طابعه وآداءاته الخاصة به، ومن ثم يصعب مواجهة العقود الدولية بلغة واحدة فيما يتعلق بتحديد محتواها، قد تنفرد كل مجموعة من العقود بسمات مشتركة، إلا أنه غالبا مايأخذ كل عقد طابعاً خاصاً به أمام التزايد الملحوظ لظهور أنماط وصور جديدة للاتفاقيات المركبة والمتنوعة، إستجابة لمقتضيات التجارة الدولية بكافة أبعادها الاقتصادية والسياسية والتقنية المعاصرة. (١)

يتنوع مضمون العقد بتنوع عناصره، حيث يتولى الأطراف وضع الأحكام والشروط المعبرة عن مصالحهم، وتتوافق مع الأهداف والسياسة المنشودة من وراء الصفقة. يتم وضع النصوص والمدة التى يستغرقها تنفيذ العقد، وبيان الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الأطراف، وها مايظهر فى تحديد الموضوع الذى يتم توضيحه أثناء صياغة العقد وتنظيم المضمون المتفق عليه. وتكمن الصعوبة، أحياناً، فى تعدد الإجراءات والعناصر المكونة لمحل العقد، والخدمات التى تعتبر من مستلزمات هذا المحل. وتختلف تلك الاجراءات بحسب طبيعة كل عقد واحتياجات ومصالح المتعاقدين. (٢)

---

(١) C. Champaud, L'entreprise et le Contrat, 1980, p. 95.

(٢) تنص المادة ٢/٧٤ من قانون التجارة المصرى مثلا على أنه:
ويجب أن يشتمل العقد على بيان عناصر المعرفة وتوابعها التى تنقل إلى مستورد التكنولوجيا. ويجوز أن يرد ذكر هذا البيان مصحوبا بدراسات الجدوى والتعليمات والتصميمات والرسومات الهندسية والخرائط والصور وبرامج الحاسب الآلى وغيرها من الوثائق الموضحة للمعرفة فى ملاحق ترفق بالعقد وتعتبر جزءا منه.

وبصفة عامة فإن العقد يتضمن آداءات متنوعة ذات طبيعة مادية ومعنوية تنطوى على مايلتزم به المدين من إعطاء أو عمل أو إمتناع عن عمل، ويتمثل موضوع الأداء فى الشئ أو الخدمة التى يتعين القيام بها.

(د) النظام العام وقوانين البوليس:

لعله من المناسب، بصدد الحديث عن مضمون العقد، بيان الإطار الذى يتحرك الأطراف من خلاله لرسم الآداءات المتقابلة. أن الحرية التعاقدية تحوطها فى الواقع بعض القيود التى يتعين مراعاتها عند التعامل على الصعيد الدولى. ولعل أبرز مايتبادر إلى الذهن فى هذا المجال فكرة النظام العام كقيد أساسى على مبدأ الحرية التعاقدية.

أن النظام العام L'ordre public يتمثل فى مجموع المصالح الأساسية للمجتمع أى الأسس والدعامات التى تمثل الحد الأدنى الذى لايتصور بقاء الجماعة بدونه، تلك الأسس قد تكون ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية.

أما الآداب Les bonnes moeurs فيقصد بها مجموع الأسس الخلقية التى يقوم عليها بنيان المجتمع وكيانه المعنوى أى الحد الأدنى من قواعد الأخلاق اللازم لحفظ كيان الجماعة وبقائها والتى يؤدى تخلفها إلى إنحلاله.

والقاعدة المتعلقة بالنظام العام والآداب ذات طبيعة آمرة لايجوز الاتفاق على مخالفتها، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به لأنه مقرر لحماية مصلحة عامة، ويجب على القاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه، ويزول العقد الباطل ويعتبر كأن لم يكن ويعاد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد.

ولايوجد معيار ثابت لفكرة النظام العام والآداب لأنها تتسم بالمرونة والنسبية فهى تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتتطور من وقت لآخر، بل إنها تتفاوت حسب طبيعة الوسط الاجتماعى. ويتمتع القاضى بسلطة واسعة فى تحديد مضمون تلك الفكرة، نظراً لعدم ثبات ونسبية هذا المضمون، على ضوء

الاتجاهات السائدة فى الجماعة، بعيداً عن الميول والمعتقدات الشخصية الخاصة به. أى أن معيار قياس النظام العام والآداب هو معيار موضوعى وليس شخصى. (١)

ويثير تطبيق فكرة النظام العام والآداب العديد من الصعوبات فى مجال المعاملات الدولية نظراً لاختلافها من دولة لأخرى، والمعيار الذى يتم الاستناد إليه فى التعرف عليها، والقاضى المختص بتطبيق ذلك المعيار. ويطلق عليها فى هذا المجال مسمى قوانين الأمن والسلامة العامة Lois de police.

ظهرت فكرة قوانين البوليس فى القانون الدولى لتفسير الطبيعة الآمرة لبعض النصوص التشريعية التى تطبق على العقد بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق. ولكن كيف يتعرف الأطراف على النصوص الآمرة التى تحكم علاقاتهم التعاقدية؟

يتعلق الأمر بالتأكيد بقانون العقد Lex Contractus أى القانون الذى يحكم العقد بكل أحكامه الآمرة والمكملة، ولكن القاضى يلتزم بتطبيق القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام (قوانين البوليس) الموجودة فى دولته، لذلك تبدو أهمية أهتمام المتعاقدين بتحديد القاضى المختص بتقدير صلاحية عقدهم وبيان النصوص التى يعتبرها آمرة، أى يتعين على الأطراف تحديد القوانين الآمرة الواجبة التطبيق على عقدهم واحترامها. (٢)

ولكن الصعوبة تزداد ويكمن الغموض عندما يتضح من العمل أن قوانين البوليس الأجنبية يمكن أن تؤخذ فى الاعتبار وحدها بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق والقاضى المختص بنظر النزاع. ويحدث ذلك مثلاً، بصدد النصوص الحمائية الآمرة المتعلقة بالمستهلك والمؤمن عليه أو المستفيد فى عقد التأمين والعامل فى عقد العمل. وتعد تلك المسائل من الأولويات الأساسية فى قوانين البوليس فى الدول الأوروبية.

---

(١) انظر مؤلفنا فى نظرية القانون، ٢٠٠٦، ص ١٩٠.

(٢) Ellington, la conception anglaise des contrats, p. 425.

فبالنسبة للمستهلك مثلاً فإن إتفاقية روما الصادرة فى ١٥ يونيو ١٩٨٠ تنص على أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لايمكن أن يؤدى إلى حرمان المستهلك من الضمانات التى تقررها له النصوص الآمرة فى قانون الاستهلاك droit de consommation فى الدولة التى يقيم فيها، ويتعين على المتعاقدين احترامها (م ٢/٥).

يستطيع المستهلك التمسك بالنصوص التى توفر له الحماية فى محل إقامته، ومن باب أولى عند التعامل معه فى وطنه، ويمكنه الاستناد إلى تلك القواعد بصدد كل رابطة عقدية تثير إعمال قانون الاستهلاك، نظراً لتعلق الأمر بأحكام آمرة (قوانين بوليس)، يتعين على الأطراف إحترامها، وبصفة خاصة إذا تم تسويق السلعة فى بلده.

وينبغى الإشارة فى هذا المجال إلى أن التماثل فى النصوص التشريعية (المعاملة بالمثل) بين الدول الأجنبية ودولة الاستقبال Pays d'accuil يبدو شرطاً أساسياً للتمسك بقوانين البوليس الأجنبية. ويطبق ذلك بصفة خاصة فى الدول الغربية التى بها قانون إستهلاك، وذلك فى علاقتها بالدول الشرقية والنامية التى لاتعرف مثل هذه القوانين. وفى الواقع فإنه يتم التمسك بتلك القوانين فى مواجهة مواطنى هذه الدول، فى الوقت الذى لايمكنهم الاستفادة منها طالما أن الدول التى ينتمون إليها لايوجد بها قوانين مماثلة.[1]

وعلى أية حال فإنه من الضرورى مراعاة هذه القواعد الآمرة عند إبرام العقد الدولى، مما قد يشكل بعض الصعوبات للأطراف، بصفة خاصة، فيما يتعلق بمعرفة وجود ومضمون تلك القواعد.

لذلك فإن المفاوضات الدولية غالباً ماتكون مليئة بالعقبات التى يتعين الإحاطة بها والاستعداد لموجهتها بكل الوعى والإمكانيات المتاحة.

إن النصيحة الأساسية تكمن بطبيعة الحال فى إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد والقضاء المختص بحسم المنازعات الناجمة عنه، فهذين

(١) Kotz. An Introduction to Comparative law, 1998, p. 252.

العنصرين، كما سنرى، يشكلان الاحتياطات الأساسية الواجب إتخاذها لتوفير الأمان القانونى المتكامل، حيث أن الحذر فى هذا المقام هو صمام الأمان.

(هـ) بطلان الشروط التعسفية: (١)

تقرر بعض الدول فى تشريعاتها، بنصوص آمره، بطلان بعض الشروط التى تشكل قيوداً على المستهلك فى العقد الدولى باعتباره الطرف الضعيف، لأن تلك الشروط تتسم بالطابع التعسفى.

مثال ذلك ماتنص عليه المادة ٧٥ من قانون التجارة المصرى على أنه:

يجوز إبطال كل شرط يرد فى عقد نقل التكنولوجيا ويكون من شأنه تقييد حرية المستورد فى استخدامها أو تطويرها أو تعريف الإنتاج أو الإعلان عنه. وينطبق ذلك بوجه الخصوص على الشروط التى يكون موضوعها إلزام المستورد بأمر مما يأتى:

١- قبول التحسينات التى يدخلها المورد على التكنولوجيا وأداء قيمتها.

٢- حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد، وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.

٣- استعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التى استخدمت التكنولوجيا فى إنتاجها.

٤- تقييد حجم الإنتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.

٥- اشتراك المورد فى إدارة منشأة المستورد أو تدخله فى اختيار العاملين الدائمين بها.

---

(١) Clauses Abusives.

٦- شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التى يعينها دون غيرها.

٧- قصر بيع الإنتاج أو التوكيل فى بيعه على المورد أو الأشخاص الذين يعينهم وذلك كله مالم يكن أى من هذه الشروط قد وردت فى عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكى المنتج، أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا.



الفصل الثانى

صياغة العقد الدولى

لاشك فى أهمية صياغـة العقـود بصفـة عامـة، إلا أن مشـكلة الصياغـة تحتل أهمية خاصة على صعيد المعاملات الدولية.

(أ) **القواعد العامة فى الصياغة:**

تقتضى الصياغة الجيدة للعقد القدرة على تجسيد رغبات الأطـراف فـى أسلوب صحيح وواضح وكامل، أى وضع موضوع التعـاقد فـى قوالـب تضمـن التواصـل بيـن المتعـاقدين بطريقـة واضحـة، وتضمـن تنفيـذه دون خلافـات أو منازعـات. ولاشـك أن للمعنـى المـراد دور هـام فـى إختيـار شـكل صياغتـه وضوابطه.

والقاعدة هى اختيار الألفاظ المناسـبة للتعبـير بدقـة عـن المعنـى المـراد بحيث لايثير الشك. ومن الأفضل أن يتسم اللفظ بالإحكام والانضباط، إلا أن هذا لايمنـع من اسـتخدام التعبـيرات المرنـة إذا كـانت تخـدم الغـرض مـن الصياغـة. ويتعيـن تبنـى اللفـظ الـذى يسـتقيم مـع رغبـات المتعـاقد والـذى يـؤدى المعنـى المتعارف عليه والمفهوم فى الوسط الذى يجرى فيه التعاقد، علـى نحـو يضمـن وصول المعنى إلى القارئ بنفس المضمون لحظةإعداد الصياغة. (1)

ويجـب أن تكـون الكلمـات المسـتخدمة معـبرة عـن المعنـى المـراد وتنصرف إليه دون لبس أو غموض، وتحيط بهذا المعنى فى كل أجزاءه، علـى نحـو لاتظـهر معـه الحاجـة إلـى البحـث خـارج وثيقـة العقـد عـن حلـول للنـزاع المحتمل بين المتعاقدين. إن حسن تنفيذ العقد يقتضى التأكد من ان صياغة بنوده خالية من اللبس، وأن العلاقة بين مختلف أجزاءه ومستنداته لاتثير النزاع.

ان الخطوة الأساسية لضمان نجاح الصياغـة تتمثـل فـى الوقـوف علـى مراد أطراف التعاقد، وبصفـة خاصـة الأهـداف الحقيقيـة لكـل منـهما، وبالتـالى

---

(1) احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، ص ١١.

طبيعة الاتفاق، لوضع الشروط المناسبة تحقيقاً للغايات المرجوة وضمان الحقوق وارتباطها بتنفيذ الالتزامات.

(ب) صياغة العقود الدولية:

لاشك فى أهمية تبنى القواعد العامة السابقة، إلا أن طبيعة العقود الدولية ومايرتبط بها من آثار قانونية تقتضى أهمية خاصة وإعتبارات معينة عند صياغتها:

أولا: أن الجانب الفنى والتقنى والمركب لأغلب العقود الدولية يستوجب الإعداد الكافى لصياغتها والتخصصات المتكاملة للإحاطة بكل جوانب الصفقة من حيث إنتقاء الألفاظ والعبارات وتغطية كل النقاط التى تستوجب الحسم كى لاتكون محل خلاف فى المستقبل.

وينبغى أن يتولى هذه الصياغة خبراء قانون ذوى تخصص وخبرة ودراية كافية بالقواعد القانونية المحلية والدولية الواجبة التطبيق على العقد، هذا بالإضافة إلى الإلمام باللغة أو اللغات التى يصاغ بها العقد ومدلول المصطلحات المتداولة، والإلمام بالأهداف الحقيقية للأطراف وأبعاد الصعوبات القائمة من خلال المشاركة فى المفاوضات. وغالبا مايشارك فى الصياغة نخبة من الفنيين فى حالات العقود المعقدة والمركبة ذات الطابع التقنى.

إن دقة الصياغة تلعب دوراً هاماً فى تحديد مضمون العقد الذى يتوقف عليه، كقاعدة عامة، حصر التزامات المتعاقدين، كنقطة بداية لتأسيس الخطأ والمسئولية العقدية، إلا أنه نظرا للطبيعة الخاصة لتلك العقود، من حيث المحل والأطراف وكيفية الإبرام والتنفيذ، فإن القضاء أو التحكيم يجرى على إقرار التزامات ثابتة فيها، ولو لم ينص عليها، حيث تلعب دوراً حيوياً فى تحديد المسئولية فيها، مثل الالتزام بالنصح والتعاون والمشورة والأمان، كما عرضنا من قبل بمناسبة المفاوضات.

ويستند القضاء فى تأسيس تلك الالتزامات، من خلال تحديد نطاق العقد، على ماورد فيه بالإضافة إلى مايعتبر من مستلزماته، فلا يقتصر العقد

إلى إلزام المتعاقد. بما ورد فيه ولكن يتناول ماهو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. (١)

ثانيا: يتم إبرام العقود الدولية، كقاعدة عامة، مع شركات عملاقة ومتخصصة تفرض شروطها التعاقدية،(٢) غالبا، فى صورة نماذج غير قابلة للتفاوض، وتترك للعميل حرية الاختيار بين نموذج وآخر دون تعديل فيه(٣). ومن ثم فإن الصياغة هنا قد تم إعدادها سلفا لمصلحة الطرف المحترف وعلى ضوء المنافسة وقواعد السوق التى لاتدع مجالا كبيرا للفروق بين العروض المقدمة من حيث الجوهر، مما يضعنا أمام نوع من عقود الإذعان بالنسبة للمستهلك، ويستدعى ذلك إعمال القواعد التشريعية الحمائية المتعلقة بالنظام العام (قوانين البوليس)، والمبادئ التى يجرى عليها العمل فى القضاء والتحكيم، حيث تلعب دورا هاما فى تعديل وتفسير تلك العقود وتحديد مضمونها. (٤)

ثالثا: أن من الأهمية بمكان صياغة العقد فىعبارات واضحة واستخدام مصطلحات قانونية فنية مبسطة تتيح للعميل فهم بنوده، وخاصة بالنسبة للعقود المطبوعة المعدة مسبقاً التى يجرى التعامل بها فى كل مجال، حيث يتعين تضمين العقد كافة الشروط المتفق عليها، بالإضافة إلى الحقوق والضمانات التى تكفل حق العميل فى مواجهة الشروط التعسفية التى غالبا ماتكون مكتوبة بخط صغير عابر، وفى موضع هامشى لايلفت نظر العميل ولايتمكن من قراءته.

رابعا: يتم إبرام بعض العقود الدولية عن بعد وبالطريق الإلكترونى، مما يبعدنا عن أسلوب الصياغة التقليدية، ويضعنا أمام الصياغة الإلكترونية، والمحررات والدفع والإثبات الإلكترونى. وغالباً مايتم تنفيذ هذه العقود بنفس

(١) م ٢/١٤٨ مدنى.

(٢) Goode, Assignment Clauses in International Contracts, R.D.A.I. 2003, p. 405.

(٣) ومن حق كل طرف أن يتحفظ بصدد بعض تلك الشروط العامة لتفادى تطبيقها وذلك من خلال مايسمى بالشروط المانعة. Clauses de defense ou de Blocage

(٤) Kohl, les clauses qui orgenisent la pursuite des relations contractules, R.D.A.I. 2005, p. 460.

الأسلوب، كما هو الحال فى عقود المعلوماتية والخدمات الإلكترونية والفضائيات والاتصالات والإعلانات.

خامسا: إن إختيار اللغة التى يتم تحرير العقد بها أمر غاية فى الأهمية نظراً لتفاوت معانى الكلمات ومدلول المصطلحات القانونية من لغة لأخرى. وغالباً مايتم تحرير العقد بأكثر من لغة، هنا يتعين مراعاة البساطة والوضوح، وتفادى المفردات الغامضة، وتحديد المقصود بالمصطلحات، واللغة التى ينبغى التعويل عليها عند الاختلاف فى التفسير. (١)

سادسا: لعل من أهم الأمور التى ينبغى مراعاتها بصدد صياغة العقود الدوليةهى بيان القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بفض المنازعات الناجمة عنه، لأن إهمال ذلك يعرض الأطراف لفراغ خطير ونتائج مجهولة وكثير من الجدل والمتناقضات كما سنرى، لأن العقد الدولى يتضمن عنصراً أجنبياً أو أكثر مما يثير مشكلتى الاختصاص القضائى والقانونى.

لذا يكشف الواقع العملى عن الحرص فى إختيار قانون العقد الدولى، حيث يتم التفكير فيه بروية وعن علم ويقين بضرورته لتأمين العقد من الناحية القانونية وتحوطا للمستقبل وماقد يحتويه من مخاطر محتملة. ينبغى تشخيص المشاكل القانونية المرتبطة بالعقد والتفكير فى أنسب الحلول لها وبيان القانون الواجب التطبيق عليها.

وغالباً مايأتى العقد الدولى مفصلاً ومحبوكاً فى صياغته القانونية، شاملاً الالتزامات الجوهرية والثانوية لكل طرف، بحيث تشكل فى مجموعها قانوناً خاصاً يحكم كافة جوانب العقد دون حاجة إلى الاستعانة بالقانون الوطنى الذى يتم الاحالة عليه على سبيل الاحتياط. (٢)

---

(١) Mousseron, Technique Contractuelle, 2004, p. 85.
وهذا مايطلق بشروط اللغة Clauses de Langue .

(٢) Légal guid on international countre trade transactions, 2005, p. 311.
وهو مايطلق عليه بشرط القانون الواجب التطبيق: Clause de droit applicable

ويجرى العمل كذلك على الاتفاق على التحكيم عند نشوء أى نزاع، مع البيان المسبق لكافة التفاصيل المتعلقة باختيار المحكمين والإجراءات المتبعة والأحكام الواجبة التطبيق.

(جـ) عناصر صياغة العقد الدولى:

يتكون محرر العقد Mstrumentum من ورقة واحدة أو عدة أوراق تضم كل شروط العقد وأحكامه. ولقد تطور المفهوم حالياً وأصبحنا أمام المحرر الإلكترونى. ويجرى العمل فى المعاملات الدولية على تقسيم محرر العقد إلى أقسام ثلاثة هى: الديباجة، والأحكام، والملاحق، وقد يضاف إليها عنصر رابع هو التعاريف.

(١) **الديباجة Le préambule**، وهى مقدمة ترد فى بداية العقد، تتمثل فى مجموعة من المبادئ العامة التى تبين أهداف العقد ودواعى وظروف إبرامه والمفاوضات والاتفاقات الأولية، وعلاقة العقد بالإتفاقيات الأخرى.[١]

يحرص الأطراف على تحديد القيمة القانونية للديباجة، وغالباً مايتم النص على إعتبارها جزءا لايتجزأ من العقد وتتمتع بالتالى بالقوة الملزمة، وأن كانت أهمية ذلك لاتبدو واضحة إلا فى الأحوال النادرة التى تشتمل فيها الديباجة على حكم موضوعى خاص ببيان حقوق والتزامات الطرفين.

وتلعب الديباجة دوراً هاماً فى إستظهار قصد المتعاقدين عندما لايكشف عنها ظاهر نصوص العقد مما يسهل عملية التفسير والتنفيذ، هذا بالإضافة إلى بيان الأعمال التحضيرية وخطابات النوايا والوثائق المتبادلة التى تعد أساساً هاماً لتفسير الالتزامات والوقوف على الأهداف المنشودة من وراء الصفقة.

---

(١) ويجرى العمل على أن تتضمن الديباجة: صفات الأطراف qualites des parties، وأهداف العقد Objectifs du Contrat، العلاقات والمواقف المتبادلة للأطراف Attitudes respectives des parties، الظروف السابقة والمحيطة بالتعاقد Circonstances précédant et entourant le Contrat، علاقة العقد بالعقود الأخرى Liens avec d'autres contrats، التذكرة بمراحل التفاوض Rappel des étapes de la négociation، ملاحظات وتأكيدات الأطراف Constations et affirmations des parties، التعاريف définitaions

- You, le préambule des traites internationaux, p. 58.

(٢) **أحكام العقد** Les dispositifs ، وهى صلب العقد نفسه أو منطوقه أو موضوعه، وهو القسم الرئيسى فى العقد، حيث يضم شروط وأحكام وبنود العقدالمعبرة عن الحقوق والالتزامات المتبادلة للطرفين، وكذلك أطراف وصفات المتعاقدين، والقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع أو جهة التحكيم.

(٣) **الملاحق** Les annexes ، وهى عبارة عن وثائق مرفقة بالعقد، وتتضمن بعض الأحكام التفصيلية أو تنظم بعض المسائل الفنية المتعلقة بموضوعه، كالرسومات والتصميمات والمقايسات والكتالوجات والمواصفات الفنية. ويتولى الفنيون عادة إعداد هذه الوثائق. ولايثور أدنى شك فى أن هذه الملاحق تعتبر جزءاً مكملا للعقد وتتمتع بنفس القوة الملزمة التى يتمتع بها المنطوق والأحكام.

(٤) **التعاريف** Les définitions: يتضمن العقد، أحياناً، قائمة بالتعاريف لتحديد المعانى اللغوية والمصطلحات الفنية والقانونية التى قد تثير اللبس حول تحديد مضمونها. يحرص الأطراف على بيان مفهوم الألفاظ الرئيسية المستخدمة فى العقد، نظرا لأنهم غالباً مايتبعون مدارس مختلفة ونظماً متباينة، وتختلف المعانى والمفاهيم من مدرسة إلى أخرى ومن نظام لآخر.[١]

ويجرى العمل على وضع التعاريف فى مقدمة العقد أو الديباجة أو ضمن ملحق مستقل.[٢] وقد يتم الاستعانة بمجموعات التعاريف التى تتولى وضعها هيئات متخصصة مثل غرفة التجارة الدولية حيث وضعت دليلاً للمصطلحات التجارية الدولية"انكوتيرمز" Internationl Commercial Terms-"Incoterms".[٣]

---

(١) Anderson, Drafting and negotaiting commercial contracts, 2005, p. 36.

(٢) وهو مايطلق عليه بشروط التعاريف Clauses de définition.

(٣) انظر مختار السيوفى:

Technical définitions of martime transport and international trade, incoterms, 1983.

الفصل الثالث

توقيع العقد الدولى

(أ) مفهوم التوقيع على العقد:

- **التوقيع Signature** هو الشرط الجوهرى فى المحرر لأنه هو أساس نسبته إلى الموقع، فالتوقيع على المستند يتضمن قبول المكتوب به وإعتماد محتواه كدليل إثبات كامل، ويكون حجة على من وقعه.

وبعد تحرير العقد يتعين قيام الأطراف بالتوقيع عليه، لأن التوقيع هو الذى ينسب محرر العقد إلى طرفيه ويدل على إعتمادهما إياه وإرادتهما الالتزام بمضمونه. أما المحرر غير الموقع فهو مجرد مشروع عقد غير ملزم لطرفيه لأنه يخضع لاحتمال الاعتماد أو العدول. (١)

والعقد الدولى لاينعقد، كقاعدة عامة، إلا عند التوقيع على محرره، إذ فى هذه اللحظة فحسب تتكون لدى الطرفين الإرادة الباتة فى التعاقد، فيقومان بتبادل الإيجاب والقبول من خلال هذا التوقيع، وبذلك يتزامن إبرام العقد مع التوقيع عليه، وقد يعدل أحد الطرفين عن التعاقد قبل التوقيع ولو بلحظات، ويعد ذلك بمثابة قطع للمفاوضات الجارية.

- **ويتم التوقيع التقليدى باليد**، بشرط أن يكون محدداً لشخصيته، ولايكفى مجرد علامة للموقع أو رمز لاسمه، ولكن يصح التوقيع باسم الشهرة، ويكفى التوقيع المختصر مادام قد ثبت أنه خاص بالموقع. ويمكن أن يتم التوقيع بالأحرف الأولى أو بالشكل الالكترونى كما سنرى. ويجرى العمل فى الدول الغربية على التوقيع بالحرف الأول من الإسم وباللقب كاملاً.

- **ويأتى التوقيع عادة فى نهاية الكتابة التى تضمنها العقد** حتى ينسحب على جملة ماكتب فوقه، ويغلب أن يكون العقد محرراً من أكثر من ورقة، هنا يُفضل التوقيع على كل ورقة. ولايكفى التوقيع على الورقة الأخيرة فقط إلا إذا

---

(١) L. Rozés, le projet de contrat, Mél. Bayer, 1996, p. 640.

قام الدليل على إتصال كل ورقة بالأخرى إتصالاً وثيقاً بحيث تكون معاً محرراً واحداً.[1]

- **ويدق الأمر فى حالة وجود إضافات أو تعديلات أو تحشيرات أو حذف.** لاتثور صعوبة عند وجود توقيع خاص على مثل هذه الأمور، أما إذا لم يوجد سوى التوقيع العام فى نهاية العقد أو كان هناك توقيع على بعض التعديلات دون الآخر- فينبغى ترك الأمر لتقدير المحكمة على ضوء عدة إعتبارات أهمها: مدى إنسجام هذه الأمور مع مضمون المحرر، وعما إذا كانت موجودة فى جميع نسخ المحرر، أو إذا كانت مكتوبة بخط من يُحتج عليه بها، أو إذا كان المحرر تحت يده.

ويندر وجود ذلك فى العقد الدولى حيث يتم صياغته بدقة ومراجعة كاملة من خلال الوسائط الإلكترونية كما سنرى فى الإثبات، بل ويجرى العمل على أن يتم التوقيع خلال إحتفاليات عامة أمام عدسات الصحافة وشبكات التليفزيون وكاميرات الفيديو التى تصور كافة الوقائع والأحداث.[2]

- **ويلزم التوقيع من صاحب الصفة**، كما عرضنا. وفى حالة تعدد الأطراف فإنه يلزم توقيعهم على العقد، حيث لايكون حجة على من لم يوقعه، ولايُحتج به حتى على الطرف الذى وقعه إذا كان قد علق التزامه بالعقد على توقيع باقى الأطراف.

(ب) التوقيع بالأحرف الأولى Le paraphe:

يجرى العمل فى القانون الدولى العام على التوقيع على المعاهدة، أحياناً، بالحروف الأولى فحسب Initialling, parapher ، ثم يتم التوقيع عليها بعد ذلك بالأسماء الكاملة. ويرمى هذا الأسلوب إلى تمكين المندوب الذى وقع بالحروف الأولى من إسمه، من الرجوع إلى حكومته لاستجلاء رأيها فيما تم

---

(١) نقض ١٩٧٥/١٢/٩ س ٢٦ ص ١٥٩٣، ١٩٧٦/٦/٨ ص ٢٧ ص ١٢٩١.

(٢) Van Uytvanck, la pratique d'entreprise belges en matriére de Contrat International, p. 258.

الاتفاق عليه أثناء التفاوض، فإن أيدت الأمر تم التوقيع النهائى على المعاهدة وإن رفضت تم العدول عن التوقيع بالأحرف الأولى لأنه لايكون ملزماً، بل تحتفظ كل دولة بالحرية التامة فى إمضاء المعاهدة، أو العدول عنها، مالم يتفق على خلاف ذلك.(١)

وهناك إجراء آخر يطلق عليه Adreferendum ومعناه أن توقيع المفاوض يعلق أثره على الرجوع إلى حكومته لإقراره أو نقضه، ولذلك يكاد يتعادل هذا التوقيع مع التوقيع بالحروف الأولى من حيث الأثر القانونى، ولكنه قد يعنى كذلك أن التوقيع رهن بالتصديق.(٢)

وقد انتقل هذا الأسلوب إلى العقود الدولية، حيث يقوم المندوب أحياناً، بالتوقيع على مشروع الاتفاق بالأحرف الأولى من إسمه، ريثما يتم الرجوع إلى الشخص أو السلطة المختصة للتصديق على العقد أو الموافقة عليه. هنا يكون الاتفاق ملزما لأطرافه طالما تضمن كافة المسائل الجوهرية للعقد، إلا أنه يكون معلقاً على شرط واقف هو تمام التوقيع بالأسماء الكاملة. ويحرص الأطراف غالباً على تحديد هذا الأمر، كأن يكون التوقيع بالأحرف الأولى مسبوقا بعبارة Subject to Contract أى شريطة إمضاء العقد.

ونفس الحكم فى حالة المندوب أو الممثل المخول بالتفاوض دون أن تكون له سلطة التوقيع على العقد، حيث يحتفظ الأصيل أو الجهة التى أوفدته بهذه السلطة، ومن ثم لاينعقد العقد إلا بعد أن تقوم هى بالتصدق عليه Approbation ، لهذا تبدو أهمية التحقق من صفة وسلطات المتفاوض، الذى ينبغى عليه الإفصاح عنها للطرف الآخر، فإذا قام بالتوقيع تعين ذكرة عبارة تفيد تعليق تمام العقد على تصديق الجهة المختصة.

---

(١) تنص المادة ٢/١٢ من اتفاقية فيينا على أنه يعتبر التوقيع بالأحرف الأولى على نص المعاهدة من قبيل التوقيع على المعاهدة إذا ثبت أن الدول المتفاوضة قد اتفقت على ذلك.

(٢) طلعت الغنيمى، ص ١٨١.

(جـ) **التصديق والتسجيل**:

تنعقد العقود الدولية، كقاعدة عامة، بمجرد التوقيع النهائى عليها من ذى الشأن. ولكن العقود التى تكون الدولة طرفاً فيها قد لايكفى التوقيع وحده لالتزام الدولة بها، بل يلزم أحياناً، التصديق والقبول أو الموافقة الصادرة من جهة معينة، مثل رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو الوزير المختص أو البرلمان.

ويرجع السبب فى ذلك إلى بعض الاعتبارات العملية من أهمها:

١- منح الدولة فرصة أخيرة للتروى وإعادة النظر قبل الإلتزام نهائياً بالعقد الذى قد يتضمن التزامات جوهرية ويرتب آثاراً إقتصادية واجتماعية هامة على الصعيد القومى.

٢- تجنب ماقد ينشأ من خلافات حول سلطة المفوض عن الدولة فى إبرام العقد وتوقيعه، حيث يعد تصديق صاحب السلطة على العقد بمثابة إجازة لتصرف المفوض حتى لو جاوز حدود اختصاصه.

٣- إتاحة الفرصة لعرض العقد على البرلمان فى الدول التى تشترط دساتيرها ذلك.

ويتم التصديق Ratification عادة فى صورة وثيقة مكتوبة وتتمتع السلطة المختصة بحرية التصديق على مايوقعه ممثلوها من عقود، فى الوقت المناسب، مالم يتفق على العكس. ويجوز أن يتم تعليق التصديق على شرط معين.

وإذا صدر التصديق من جهة غير مختصة أو غير مستوف للشروط الداخلية للدولة، فإنه يكون غير صحيح أو ناقص أو باطل ومن ثم لايرتب أثره القانونى، ولكن ينبغى حماية الشخص الأجنبى المتعاقد مع الدولة بحسن نية معتمداً على الوضع الظاهر الذى يوحى بصحة التصديق على العقد، ويعتبر التصديق فى هذه الحالة صحيحاً منتجاً لآثاره، ولايجوز الاستناد إلى كونه غير صحيح لطلب إبطال العقد، إلا إذا كان العيب الذى شاب التصديق عيباً جلياً

يمكن أن يفطن إليه المتعاقد مع الدولة.(١) والأصل أنه حسن النية وعلى من يدعى العكس عبء إثبات ذلك، ومن العنت مطالبة المتعاقد بالتحقق من صحة التصديق على العقد طبقاً للإجراءات الداخلية للدولة حيث لايكون الأمر ميسوراً من جهة ويقتضى التدخل فى الشئون الخاصة بها من جهة أخرى.(٢)

- وقد يُشترط لتعبير الدولة عن إرتضائها العقد كمصدر لالتزامات تترتب على عاتقها، صدور الموافقة أو القبول Acceptation ، وهو إجراء أكثر بساطة وأقل تعقيدا من التصديق من حيث متطلبات الصحة التى يشترطها القانون الداخلى، ويتمثل فى إعلان الدولة من خلال أحد أجهزتها المختصة بتمثيلها، موافقتها على العقد وارتضائها الالتزام بأحكامه.

- ويعتبر تبادل الوثائق المكونة للعقد أحد الإجراءات التى يمكن لأطراف العقد الدولى التعبير عن إرتضاء الالتزام بأحكامه، ويعد ذلك صورة خاصة من صور الموافقة أو القبول، ويتأكد هذا الأمر عند وجود نص على إعطاء واقعة التبادل مثل هذا الأثر.(٣)

- وقد يتم تسجيل العقد الدولى، وهو نظام يستهدف تحقيق العلانية فى مجال المعاملات الدولية، ومن خلال إيداع أطراف العقد صوراً منه لدى جهة معينة لتدوينه فى سجل خاص معد لهذا الغرض، مثل غرف التجارة الدولية.

---

(١) وذلك قياسا على المادة ٤٦ من إتفاقية فيينا التى تقضى بأنه: " ١- لايجوز لدولة أن تتمسك بأن التعبير عن إرتضائها الالتزام بمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم فى قانونها الداخلى يتعلق بالاختصاص بإبرام المعاهدات كسبب لإبطال رضاها، إلا إذا كان إخلالا واضحا بقاعدة ذات أهمية جوهرية من قواعد قانونها الداخلى. ٢- يعتبر الإخلال واضحا إذا تبين بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف فى هذا الشأن وفق السلوك العادى وبحسن نية".

(٢) وكذلك الاعتبارات العملية القائمة على ضرورة توفير الاستقرار فى المعاملات الدولية.

S. Bastid, les traités dans la vie international, 1985, p. 185.

(٣) المادة ١٣ من إتفاقية فيينا.

L'échange d'instruments Constituant un traité (Contrat).

(د) التوقيع والتصديق الإلكترونى:

هو كل مايوضع على محرر الكترونى ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره.

يتضح من ذلك أن التوقيع الالكترونى يختلف عن التقليدى من حيث الشكل لأن الأخير نتاج حركة يد الموقع عبر وسيط مادى، غالباً مايكون دعامة ورقية، بينما يتم الأول عبر وسيط الكترونى، من خلال أجهزة الحاسب الآلى والإنترنت أو على كاسيت أو أسطوانة، فهو مجموعة من الإجراءات يُعبر عنها بالكود على شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو شفرة أو حتى أصوات أو صور. إن هذا الفارق الجوهرى بين التوقيعين لاينفى إتفاقهما من حيث الوظيفة والهدف ألا وهو تمييز شخصية صاحب التوقيع وهويته والاستيثاق من صدوره عنه والتعبير عن إرادته فى قبول الالتزام بالتصرف القانونى المقترن به.

تتعدد صور التوقيع الالكترونى بحسب الطريقة أو الاسلوب الذى يتم به، ولاشك أننا أمام تطور تقنى مستمر طبقا للمتغيرات المذهلة فى مجال نظم المعلومات. [1]

---

(١) Malelai, Formalisme et Signiature éléctronique, JCP, 2000, 2036.
انظر تفصيل ذلك مايلى ص ١٧٤.

الفصل الرابع

تفسير العقد الدولى

يمكن لأطراف العقد الدولى الاتفاق، صراحة أو ضمناً، على تفسير معين له، وهنا يكتسب هذا التفسير نفس القوة الملزمة التى تتمتع بها المعاهدة نفسها ويصبح بمثابة الملحق المكمل لها، ويتولى الأطراف كذلك تحديد الجهة المختصة بالتفسير، سواء كانت قضاءاً وطنياً أم جهة تحكيم.

(أ) المراد بتفسير العقد: (1)

هو البحث عن المعنى الموجود فى ثنايا العقد من خلال التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين. ينصب التفسير على بيان ماتم الاتفاق عليه، أى تحديد مقاصد كل من الطرفين. ويجد التفسير مجاله بالنسبة للعقد الذى بدت صياغته معيبة أو غامضة، لتحديد الالتزامات التى يتحملها كل متعاقد ومضمون كل منها فى إطار المصلحة المشتركة واعتبارات العدالة. (2)

(ب) وضوح عبارات العقد:

إذا كانت عبارة العقد واضحة فإنها تعد تعبيراً صادقاً، عن إرادة المتعاقدين، ولايجوز الإنحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة عن طريق التفسير أو التأويل. وتلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصاً بالغاً فى مراعاتها، والخروج عن المعنى الواضح ينطوى على تعديل للعقد لايملكه القاضى وينطوى على مخالفة للقانون. (3)

(جـ) غموض عبارة العقد:

إذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تحتمل، فى جزئياتها أو فى جملتها، أكثر من معنى تعين الالتجاء إلى التفسير، ويبدو ذلك

---

(1) Interpretation du Contrat.

(2) نقض ١٩٩٦/٣/٢٣ طعن ٢٦٦٠ س ٥٩ ق.

(3) نقض ١٩٩٧/٢/١٩ طعن ٤٨ ص ٢٩٠.

إذا كانت مجموع عبارات العقد لاتعبر بوضوح عن حقيقة الإرادة، وقد يكمن الغموض فى جود التعارض بين عبارات وبنود وعناصر العقد على نحو يكتنفها اللبس والإبهام ويصعب تنفيذها.

يتم تفسير العقد للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال الاستعانة ببعض الوسائل الداخلية والخارجية.

أولاً: الوسائل الداخلية فى تفسير العقد، وتتمثل فى الرجوع إلى عبارات العقد ذاته، أى أن يتم التفسير من داخل العقد:

١- إن العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بألفاظ والمبانى، حيث ينبغى أخذ الأمور بمقاصدها وتحرى إرادة المتعاقدين، دون التقيد بالمعنى الحرفى للألفاظ والعبارات.

٢- يجب الأخذ فى الاعتبار ماتفيده شروط العقد وبنوده فى مجموعها بوصفها وحدة متصلة متكاملة. وعند وجود عدة محررات متبادلة مترابطة تعين الأخذ بما تفيده فى جملتها، وكذلك الحال إذا كانت هناك عدة عقود مترابطة تمثل فى مجموعها عملية عقدية واحدة، تعين النظر إليها مجتمعة، ولايجوز تفسير كل عقد على حدة بمعزل عن باقى العقود حيث يكمل بعضها الآخر. (١)

٣- إن إعمال الكلام أولى من إهماله. فإذا كانت عبارة العقد تفيد أكثر من معنى، وجب حملها على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً. ولايجوز إهدار عبارة أو لفظ طالما أمكن حمله على معنى حقيقى أو مجازى. وترجيح التفسير الذى يؤدى إلى بقاء وصحة الشرط أو العقد على التفسير الذى يؤدى إلى إلغائه أو إبطاله.

٤- يجب النظر إلى العقد عند تفسيره على أنه كل لايتجزأ ويشمل ذلك كافة بنوده ولو كانت مطبوعة أو من الشروط الدارجة والمألوفة. وإذا أضاف المتعاقدان شرطاً مكتوباً فى العقد يتعارض مع شرط آخر

---

(١) نقض ١٩٨٩/٢/٩ س ٤٠ جـ ٢ ص ٤٣٥.

مطبوع تعين إعمال الشرط المكتوب لأنه يتفق بالضرورة مع جوهر الإرادة الحقيقية للطرفين.[1]

٥- تخصيص حالة بالذكر لايجعلها تنفرد بالضرورة بهذا الحكم، بل يتوقف الأمر على حقيقة الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

ثانياً: **الوسائل الخارجية فى تفسير العقد**، ومن أهمها:

١- الظروف المحيطة بإبرام العقد وتنفيذه ومايكون قد سبقه أو عاصره من إتفاقات وأوراق متبادلة بين الطرفين، تكشف عن الغرض من العقد وصفة المتعاقدين ومهنتهم وعلاقاتهم، ويمكن الاستعانة بمحاضر جلسات التفاوض ومشروع العقد والاتفاقات المعاصرة والتمهيدية والمكملة.

٢- يمكن الاستعانة بالقرائن وطبيعة التعامل وماينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين فى إطار مبدأ حسن النية.

٣- يتم التفسير على ضوء العرف الجارى فى المعاملات، ومايجرى عليه العمل فى مثل هذه الحالة.[2]

يتضح من تلك الوسائل الخارجية التى يتم اللجوء إليها فى تفسير العقد الغامض، أنها تتسم بالموضوعية، فهى من قبيل الإمارات المادية التى تقدر تقديراً موضوعياً.

(د) الشك فى تفسر العقد:

يتعذر، أحياناً، تحديد مقاصد المتعاقدين، ويثور الشك حول مدلول عبارة العقد الغامضة التى يتراوح معناها بين وجوه متعددة.

---

(١) نقض ١٩٨٨/١١/٣ س ٣٩ جـ ٢ ص ١١٤٠.

(٢) م ١٥٠ مدنى.

Maleville, Pratique de l'interprétation des Contrats, Etude Juris prudentielle, p. 315.

إن السبيل للتخلص من هذا الغموض هو تفسير الشك لمصلحة المديـن، أى ترجيح التفسير الذى من شأنه تحقيق مصلحة المدين. وتستمد هذه القاعدة أساسها من عدة إعتبارات:

الأول: تقضى الأصول العامة للقانون بأن الأصل فى الإنسان براءة الذمة. فإذا قام الشك فى وجود التزام على عاتق شخص، فأعمال هذا الأصل يوجب نفى الالتزام. وإذا قام الشك حول مدى التزام المدين فسر هذا الشك بالطريقة التى تجعل الالتزام فى أضيق الحدود، لأن الالتزام هو الاستثناء والاستثناء لايتوسع فيه.

الثانى: تقضى القواعد العامة فى الإثبات بأنه يقع على عاتق الدائن عبء إثبات الالتزام. فإذا قام الشك فى هذا الالتزام أو فى مداه، كان معنى ذلك أن الدائن لم ينجح فى إثباته، لهذا لايؤخذ فيه إلا بما ثبت يقيناً، ويعتد بالمدى الضيق للالتزام.

الثالث: أن الدائن هو الذى يملى الالتزام على المدين، فإذا أملى الالتزام بطريقة غامضة تحمل تبعة ذلك حيث يتم تفسير الشك ضده، والميل إلى جانب المدين، فقد كان بإمكان الدائن أن يجعل وجود الالتزام أو مداه أمراً واضحاً كل الوضوح فى صياغة العقد.

والمقصود بالمدين طبقا للمعنى المألوف، هو الشخص الذى يتحمل عبء الالتزام. فإذا كان العقد ملزماً لجانب واحد وجب تفسير الشك لمصلحة الطرف الذى يقع عليه الالتزام. أما العقد الملزم للجانبين فإنه يجب تفسير العبارات المتعلقة بالتزام كل من الطرفين لصالحه. فالتزام البائع بالتسليم والضمان يفسر لصالحه، بينما تفسر العبارات المتعلقة بالتزام المشترى بدفع الثمن لصالحه.

وإذا تعلق الغموض بشرط فى العقد، فإن الشك يفسر لمصلحة المدين فى الشرط، أى الشخص الذى يضار من الشرط الذى يجرى تفسيره. والمدين فى الغالب، يكون مديناً فى الالتزام والشرط معا. مثال ذلك الشك فى معرفة ما إذا كان الشرط الجزائى فى العقد يستحق فى حالة التأخر فى التنفيذ أم أنه

لايستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ، هنا ينبغى تفسير الشرط على أنه لايستحق إلا عند عدم التنفيذ.

ويختلف المدين فى الشرط، أحياناً، عن المدين فى الالتزام، هنا يجب تفسير الشك لمصلحة الشخص الذى يضره إعمال الشرط الغامض بصرف النظر عما إذا كان دائناً أو مديناً فى الالتزام. فالغموض يعترى الشرط وليس الالتزام ومن ثم فإن تفسير شرط الإعفاء من المسؤولية يكون لمصلحة المضرور لأنه هو الذى يضار من إعفاء المسؤول من المسؤولية. ويفسر الشك لمصلحة المشترى إذا تعلق الشك بالشرط الخاص بإسقاط الضمان، بالرغم من أن المدين فى الالتزام هو البائع، لأن المشترى هو الذى يضار من الشرط.

وهناك استثناء على قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين: يتعلق بعقود الإذعان، حيث ينبغى تفسير الشك، فى هذه العقود، فى مصلحة الطرف المذعن، دائنا كان أو مدينا. ويجب تفسير العبارات أو الشرط الغامض لمصلحة الطرف المذعن، دائناً كان أو مديناً فى الالتزام أو الشرط. ويجد هذا الاستثناء تبريره فى أن الطرف القوى هو الذى يستقل بوضع شروط العقد، ومن ثم تقع عليه مسؤولية غموض صياغتها، فقد كان فى وسعه أن يتحاشاها.

وينطبق ذلك أيضا على مايسمى **بعقود الاستهلاك** التى يكون المستهلك طرفاً فيها حيث تتمثل فى نماذج معدة دون أى مفاوضة أو مناقشة، حيث تفرضها شركات الإنتاج والتوزيع. والواقع أننا بصدد متعاقد محترف ومتخصص يتمتع بخبرة نتيجة قيامه فى السوق بعمليات متكررة ومتشابهة مما يمكنه من وضع الشروط التى تتفق مع مصلحته واقتصاديات المنافسة فى السوق، ولا يكون بوسع المستهلك سوى قبول تلك الشروط دون مناقشتها. وهذا هو المفهوم الحديث لعقد الإذعان فى العالم الأوروبى، وينطبق ذلك على أغلب عقود التجارة الدولية، ومن ثم يجب تفسيرها عند الشك لصالح المستهلك.[1]

(١) Annen Sale, Consumer protection, May 1999 Vol, 15 Issue, 3, p. 158.

(هـ) دور وثائق التفاوض فى تفسير العقد:

بمناسبة التفاوض على العقد وإبرامه يتم تبادل العديد من المكاتبات وخطابات النوايا التى تتضمن عروض ومقترحات الطرفين والاتفاقات التمهيدية والمرحلية التى تم التوصل إليها.

وهناك بعض المستندات الإضافية التى يقدمها أحد المتعاقدين للآخر وتدخل فى النطاق العقدى، مثل الكتيبات والأوراق الدعائية المطبوعة التى يسلمها أحد الطرفين للآخر بصدد إعلامه وحثه على التعاقد. وكذلك الشروط العامة أو الصيغة النموذجية المطبوعة التى يتم الإحالة إليها فى عقود التأمين وعقود التجارة الدولية.

هل يمكن الرجوع إلى هذه الوثائق فى تفسير العقد؟

يحرص الأطراف أحياناً، على الإجابة على هذا السؤال صراحة فى ديباجة العقد. فقد يتفق المتعاقدان صراحة على وجوب الرجوع إلى هذه الوثائق، عند الضرورة، لتفسير العقد وتكملة مايشوبه من نقصان، هنا يتعين على القاضى أو المحكم إحترام مثل هذا الاتفاق.

وقد يتفق الطرفان على إعتبار وثائق التفاوض لاغية ومجردة من كل قيمة فى التفسير بمجرد إبرام العقد، بحيث يحظر الرجوع إليها عند تفسيره. ويجرى العمل فى العقود الدولية على إدراج ذلك تحت مايسمى " شرط الأركان الأربعة" Clause des quatre Coins، أو " شرط الاتفاق التام Entire agreement clause أو Clause d'accord Complet.[1]

وإذا سكت الأطراف عن تحديد قيمة وثائق التفاوض فى تفسير العقد، فإن الاتجاه الغالب فى القانون المقارن هو جواز الاستعانة بتلك الوثائق فى

(١) Ph. Malaurie, Aynés, les abligations, 1997, p. 256.

التفسير لأنها بمثابة الأعمال التحضيرية للعقد، ومن ثم فإنها تكشف عن المقصد الحقيقى للطرفين من وراء عبارات العقد. (١)

وجاءت إتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن البيع الدولى للبضائع لتنص على ذلك صراحة بقولها " عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو مايفهمه شخص سوى الإدراك، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لاسيما المفاوضات التى تكون قد تمت بين الطرفين والعادات التى استقر عليها التعامل بينهما والأعراف وأى تصرف لاحق صادر عنهما".

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: " إن للقاضى سلطة البحث فى حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره، أو مايكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقيات، وله مطلق الحرية فى استنباط القرائن التى يأخذها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة فيها، والأوراق المتبادلة بين الطرفين. (٢)

---

(١) انظر عكس ذلك القانون الانجليزى والأمريكى:
M. Elland-Goldsmith, les principes généraux de droit anglais des Contreats et les apérations internaionales, D.P.C.I. 1980, p. 445.
ويجرى النص غالبا على أهمية تلك الوثائق فى تفسير العقد من خلال الشروط الآتية:
Conflicting provisions, priorité of documents, rank of documents.
Rawach, la protée des Clauses tendant à exclure le role des documents précontractuels dans l'interprettion du Contrat D. 2001, 225.

(٢) نقض ١٩٨٧/١٢/٣٠ س ٣٨ ص ١٢٠٧.

الفصل الخامس

تكملة وتكييف العقد الدولى

(أ) المقصود بتكملة أو تحديد نطاق العقد:

يقوم القاضى بتفسير العقد من خلال إستخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ثم يتولى تحديد نطاقه أى بيان آثاره ومضمونه، وذلك بتحديد الحقوق والالتزامات التى تترتب على العقد فى ذمة كل من المتعاقدين، وبيان نوعها ومداها.

يقوم الأفراد أحياناً، بوضع تنظيم كامل للعقد بتناول كافة المسائل التى لابد من مواجهتها حتى لايكون هناك مجال للمنازعات فيما بعد. إلا أنه كثيراً مايكتفى المتعاقدان بالاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد دون التعرض للمسائل التفصيلية أو الثانوية، على نحو تثور معه مشكلة تكملة العقد. فقد يغفل الأطراف تنظيم العديد من الأمور، إما سهواً أو عمداً، أو عن غير دراية بأهميتها أو لاستحالة توقع مايستجد من ظروف. هنا يكون العقد فى حاجة إلى تكملة.

وتكملة العقد أمر يختلف عن تفسيره. فالتفسير هو الكشف عن مقاصد الطرفين من خلال تعبيرهما عن الإرادة المشتركة لهما. لذلك فإن مايتم التوصل إليه عن طريق التفسير يكون كامناً فى العقد ولكن يكتنفه الغموض ويقوم القاضى بالكشف عنه باللجوء إلى قواعد التفسير. أما تكملة العقد فهى إضافة أحكام لا تستند إلى نصوص العقد ولاتستخرج من عباراته، بل تضاف إستناداً إلى مصادر خارجية عن العقد ذاته. فالتكملة تتم عبر تحديد مضمون العقد من خلال رسم صورة كاملة لحقوق والتزامات الطرفين كما تفرضها طبيعة العقد، ولو كان ذلك بإضافة بعض الآثار التى لم يواجهها الطرفان للإتفاق عليها. (١)

---

(١) Farnsworth, the interpretation of international Contracts, R.D.A.I. 2002, 275.

وتحديد مضمون العقد أو مشتملاته لايقتصر القاضى فيه على ماورد فى العقد وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته بحسب طبيعة الالتزام ووفقاً للقانون والقواعد المكملة أو المفسرة والعرف والعدالة ومايوجبه حسن النية. وتلك مسألة من مسائل القانون يكون لمحكمة النقض فيها الرقابة على ماتقضى به محكمة الموضوع. (١)

فإذا كان من شأن أحد هذه الأمور فرض التزام على المتعاقد، باعتباره من مستلزمات عقده، أى مما يترتب بالضرورة على هذا العقد، ولو لم تتجه إليه إرادة المتعاقدين، تعين القول بنشوء هذا الالتزام عن العقد إى بإدخاله فى نطاقه. فالمدين يجب أن يقوم بكل مايعتبره القانون أو العرف أو العدالة من آثار العقد.

يقوم القاضى بتكملة العقد أى تحديد نطاقه بالرجوع إلى تلك العناصر مجتمعة باعتبارها من مستلزماته. وقد بين المشرع العناصر المذكورة التى تتحدد على ضوئها المستلزمات بالنسبة لكل عقد ولكل طائفة من العقود بصفة عامة. وينصب البحث على مايضاف إلى العقد من التزامات باعتبارها مما يستلزمه العقد بحسب طبيعته وعلى ضوء الهدف المقصود منه. فتحديد نطاق العقد لايقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والإفراد، بل يضاف إليه مايُعتبر من مستلزمات العقد وفقاً لطبيعة الالتزام. وتقرر محكمة النقض بأن العقد لاينشئ حقاً ولا يولد التزاماً ما لم يرد بشأنه نص وأنه يجب تنفيذ الالتزام كما ورد فى العقد دون زيادة أو نقص إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ. (٢)

(ب) مصادر تحديد نطاق العقد:

يتحدد نطاق العقد بما ورد فيه بالإضافة إلى مايعتبر من مستلزماته. فلا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ماهو من

(١) نقض ١٩٨٨/١٢/٢٠ س ٣٩ ص ١٣٧٥.

(٢) مفاد نص المادتين ١٤٧، ١٤٨ من التقنين المدنى أن العقد لاينشئ حقا ولايوجد التزاماً لم يرد بشأنه نص فيه، والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد فى العقد دون نقص أو زيادة إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ. (الطعن رقم ٨١١ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ س ٢٨ ص ١٢١٤).

مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.[1] ومن المقرر أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، وإحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

يتضح من ذلك أنه يتم تكملة العقد أى تحديد نطاقه على ضوء الأسس الآتية:

(١) **طبيعة الالتزام:** يسترشد القاضى بطبيعة الالتزام لإكمال نطاق العقد. مثال ذلك الالتزام بالتسليم، حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع ويتضمن ذلك ملحقاته أى كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله. فبيع السيارة يشمل كافة الأدوات الإضافية اللازمة لتسييرها. ويشمل بيع المتجر الدفاتر والسجلات التى تبين المركز المالى للتاجر، وكل مايتصل بالعملاء من بيانات مفيدة.

(٢) **القانون:** يلجأ القاضى إلى التشريع لتحديد نطاق العقد وإستكماله. فالقواعد القانونية تلعب دوراً أساسياً فى تكملة العقد بل وتعديله. فكثيراً مايتولى القانون تحديد نطاق العقد بقواعد قانونية آمره، حيث يجب تطبيق هذه القواعد حتى ولو وجد إتفاق مخالف، إذ يبطل الشرط المخالف ويحل محله حكم القاعدة الآمرة. كما هو الحال مثلا فى حالة التسعير الجبرى وفى حالة تحديد حد أقصى لسعر الفائدة أو حد أدنى لأجر العامل. وهناك بعض الحالات التى يتولى القانون فيها تحديد بعض عناصر العقد، لذا يتم استكمال مضمون العقد بالقواعد القانونية التى تحدد العنصر الذى لم يتفق الطرفان عليه. كما لو تم إبرام عقد عمل دون تحديد إجازات (أيام الراحة) العامل.

ويتضمن التنظيم التشريعى للعقود الكثير من القواعد القانونية المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين. هذه القواعد قد تكون عامة التطبيق، وقد تكون خاصة بنوع معين من العقود، فإذا اتفق الطرفان على حكم مخالف للقاعدة المكملة طبق هذا الاتفاق، وإذا لم يتضمن العقد أى اتفاق على استبعاد القاعدة

---

(١) م ١٤٨/٢ مدنى.

المكملة فإنها تطبق ويتحمل المتعاقدان ماتقرره من التزامات. وكثيراً مايترك المتعاقدان المسائل التفصيلية فى العقد دون تحديد، هنا تكون القواعد المكملة عوناً للقاضى فى إستكمال هذه المسائل.(1) مثال ذلك البيع الذى يتفق فيه البائع والمشترى على المبيع والثمن، دون تحديد زمان ومكان التسليم أو دفع الثمن، هنا يستعين القاضى بأحكام القانون لإجراء هذا التحديد، حيث تقضى بالتسليم فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع، ويتم دفع الثمن عند إستلام المبيع.

(٣) **العرف:** يعتمد القاضى كذلك على العرف فى تحديد نطاق العقد. والعرف يجرى مجرى القانون ويكمل نطاق العقد. ويبدو ذلك بوضوح فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية، وعلى الأخص فى أعمال البنوك والعقود التجارية والحساب الجارى والتأمين. وغالباً ما يكون اللجوء إلى العرف بناء على إحالة صادرة من نص تشريعى، فيترك المشرع للعرف، مثلاً، مهمة تحديد نطاق الالتزام، فملحقات المبيع يمكن تحديدها على ضوء العرف. ويتصل بالعرف، فى هذا الشأن، ما يسمى بالشروط المألوفة، حيث تضاف إلى العقد الشروط التى جرت العادة بأدراجها فى العقد حتى أصبح يؤخذ بها دون الحاجة إلى النص عليها صراحة. مثال ذلك النسبة المئوية التى تضاف للخدمة فى الفنادق والمطاعم والمقاهى.

(٤) **قواعد العدالة:** يستأنس القاضى، أحياناً، بقواعد العدالة للكشف عن نطاق العقد وتحديد مضمونه، وذلك بهدف الحيلولة دون أن يكون العقد مصدراً لظلم أحد المتعاقدين. وتقضى العدالة بوجوب تنفيذ العقد وفقاً لمقتضيات حسن النية.

والواقع أن العدالة تعنى إجتهاد القاضى فى النزاع المعروض عليه، شريطة أن يصدر هذا الاجتهاد عن إعتبارات موضوعية عامة وليس عن مجرد معتقدات شخصية، فينبغى على القاضى الحكم بما يكون مقبولاً فى المجتمع فى الوقت الذى يصدر فيه حكمه، لذلك فإنه يعتمد فى إجتهاده على طبيعة العقد

---

(١) Hartkamp, Formation of Contracts According to the principles of European Contract law, p. 85.

المعروض عليه. ويمكن الاهتداء إلى قواعد العدالة عن طريق النظر إلى طبيعة المعاملة موضوع العقد، فهى قد تفرض وجود التزام لم يعرض له المتعاقدان.

وقد استند القضاء إلى مبادئ العدالة لتقرير التزامات إضافية على عاتق المتعاقدين، ترتبط بالالتزامات الأصلية، تؤكد فائدتها وتعين على تحقيق أهدافها، بالرغم من عدم وجود أى نص عليها سواء فى القانون أو العقد.[1] وأبرز مثال على ذلك تحميل الناقل فى عقد النقل بالالتزام بالسلامة حيث يلتزم بنقل الراكب على جهة الوصول سليماً معافاً. والتزام بائع المحل التجارى بالامتناع عن أى عمل يؤدى إلى إنتزاع عملاء المحل المبيع من المشترى. والالتزام بالتبصير حيث يلتزم الطبيب بتبصرة المريض بأبعاد التدخل العلاجى ومخاطره ونتائجه المتوقعة وخاصة التدخل الجراحى. ويوجد هذا الالتزام فى العقود التى يكون أحد طرفيها مهنيا أو حرفياً حيث يلتزم بتبصير المتعاقد الآخر بأبعاد الصفقة وطبيعة الشئ محل العقد وطريقة إستعماله ومخاطره وتقديم النصح والإرشاد فى الصيانة.

(جـ) مفهوم وأهمية التكييف:

تكييف العقد هو إضفاء وصف قانونى معين على العقد يتفق مع حقيقة ماقصده المتعاقدان منه.[2] ولايستطيع القاضى الفصل فى النزاع المعروض عليه بصدد عقد من العقود إلا إذا قام بتكييف هذا العقد وإعطائه الوصف الصحيح الذى يتفق مع الهدف الحقيقى لإرادة المتعاقدين. يقوم القاضى بتحديد طبيعة ونوع العقد المعروض عليه، ككونه عقداً مسمى أو عقداً غير مسمى، وهل هو بيع أم هبة أم قرض أم إيجار أو عمل أو مقاولة.

ويترتب على تكييف العقد إنزال الحكم القانونى الصحيح عليه ومن ثم فإن القاضى يلتزم بتكييف العقد، نظرا لأن التكييف يتوقف عليه معرفة ، كام القانون الوجب التطبيق عليه. وتطبيقا لذلك تقرر محكمة النقض بأنه لاتستطيع محكمة الموضوع البت فى أمر صحة ونفاذ العقد إلا بعد أن تحدد نوعه، إذ

(١) Laude, la reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, p. 215.

(٢) يحرص أطراف العقد الدولى على تنظيمه تحت مسمى Clause de qualification.

يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التى تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ. ولايجوز للمحكمة أن تقضى بنفاذه قبل أن تبت فى أمر تكييفه.[1]

(د) دور القاضى فى تكييف العقد:

(١) تعتبر عملية تكييف العقد من صميم عمل القاضى. ويتعين عليه القيام بتكييف العقد المتصل بالنزاع المعروض عليه. وهو يقوم بذلك من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك، لأنه لا يستطيع الفصل فى النزاع بدون هذا التكييف.

(٢) يقوم القاضى بتكييف العقد استناداً إلى حقيقة ماقصده المتعاقدان بعد إستخلاصه من واقع شروط العقد المعروض عليه وما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين.

ويجب أن يتم التكييف فى ضوء عبارات العقد وحقيقة الواقع والنية المشتركة. وللمحكمة، فى سبيل التعرف على حقيقة العقد والتحرى عن قصد الطرفين منه، تقدير الأدلة والقرائن المقدمة فى الدعوى وإستخلاص ماتقتنع به منها متى كان إستخلاصها سائغاً متفقاً مع الثابت فى الأوراق.[2]

والمعيار الأساسى الذى يعتد به القاضى لتكييف العقد هو الالتزامات الرئيسية فيه. ففى البيع مثلاً يعتبر الالتزام بالثمن والتسليم من الالتزامات الرئيسية التى تنبئ عن حقيقة قصد المتعاقدين من العقد. فالعبرة بالغرض العملى الذى قصد إليه الطرفان من تعاقدهما والذى تكشف عنه طبيعة الالتزامات التى يتحمل بها كل منهما.

---

(١) نقض ١٩٦٩/٩/٢ س ٣٠ ص ٢٢.
المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن لمحكمة الموضوع سلطة البحث فى حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره ومايكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات. (الطعن رقم ١٧١٧ سنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/٣٠ س ٣٨ ص ١٢٠٧).

(٢) نقض ١٩٧٧/٥/١٨ س ٢٨ ص ١٢٣٩.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك المبدأ بقولها: متى كان الحكم المطعون فيه قد أخذ فى تكييف العقد بعنوانه ونصوصه والظروف التى لابسته، ولم يخرج عن عباراته ولم يجاوز الغرض الذى عناه الطرفان من إبرامه، وكان هذا التكييف متفقاً مع مؤدى هذه النصوص وتلك الظروف، فإنه لايكون قد أخطأ فى تكييف العقد أو خالف القانون. (١)

(٣) لايتقيد القاضى، فى تكييفه للعقد، بالوصف الذى يخلعه المتعاقدان على العقد. فقد يضفى المتعاقدان على العقد وصفاً غير صحيح، إما عن جهل أو عن عمد لإخفاء غرض غير مشروع. هنا لايعتد القاضى بمثل هذا الوصف ويقوم بتصحيح الوصف ولو لم يطلب منه أحد من المتعاقدين ذلك. وللقاضى أن يطرح الوصف أو التكييف الذى قال به المتعاقدان إذا تبين له أنه لايتفق مع حقيقة العقد أو ماهيته بحسب ماتبين له من تفسيره والتعرف على قصد المتعاقدين. (٢)

وعلى ذلك إذا وصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار، ثم تبين للقاضى أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى نقل ملكية الشئ محل العقد، فى الحال أو فى المستقبل، فله أن يطرح وصف الإيجار ويعتبر العقد بيعاً ويطبق عليه أحكام البيع لأن الإيجار لايؤدى إلى نقل ملكية الشئ المؤجر.

يلجأ أطراف العقد، أحياناً، إلى وضع عنوان للعقد كعقد إيجار أو عقد مقاولة أو بيع. لاشك أن تلك التسمية تسهم فى التعرف على حقيقة العقد الذى إتجهت إليه إرادة المتعاقدين، إلا أن الأمر قد يتمثل فى وضع عنوان خاطئ أو صورى لإخفاء حقيقة العقد، لذلك فإن القاضى لايتقيد بمثل هذا العنوان متى تبين له مخالفته لحقيقة العقد.

---

(١) نقض ١٩٧١/١/٢٠ س ٢١ ص ٨٧.

(٢) F. Terre, l'influence de la volonte individuelle sur les qualifications, p. 280.

(هـ) **طبيعة التكييف:**

يقوم القاضى، عند تكييف العقد،[1] بالمقابلة بين الآثار التى اتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة كما استخلصها من عبارات العقد، وبين الماهية أو الطبيعة المجردة للعقد كما نظمه القانون. لذلك فإن عملية التكييف تعتبر مسألة قانونية يخضع قاضى الموضوع فى القيام بها لرقابة محكمة النقض.

إن التعرف على حقيقة ماعناه المتعاقدان يدخل فى سلطة قاضى الموضوع، أما التكييف القانونى لما عناه المتعاقدان فيخضع لرقابة محكمة النقض. وهى تعبر عن ذلك بقولها: لئن كان التعرف على ماعناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع، إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكييف القانونى لما قصده المتعاقدان وإنزال حكم القانون على العقد مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض.[2]

ولايترتب على تكييف العقد تغيير سبب الدعوى، مادام القاضى يقوم به على أساس من الوقائع المعروضة عليه، دون أن يضيف إليها جديداً من عنده. وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: إذا استعملت محكمة الاستئناف سلطتها فى التكييف وكيفت الوقائع المطروحة عليها، ودون أن تضيف إليها جديداً، بأنها تكون الإثراء بلا سبب، بعد أن عدل المدعى عن الاستناد إلى عقد القرض، فإنه لايجوز النعى على حكمها بأنها غيرت سبب الدعوى من تلقاء نفسها.[3]

---

(١) العبرة فى تكييف العقد هى بما عناه المتعاقدان، ولا يعتد بما أطلقوه عليه من وصف أو ضمنوه من عبارات إذا تبين أن هذا الوصف أو تلك العبارات حقيقة التعاقد وماقصده المتعاقدان منها.
(الطعن رقم ١٩٣ سنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٢/١/١١ س ٣٣ ص ٧٥).
الطعن رقم ١٥٤٣ سنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٦/١١/٢٧ س ٣٣٧ ص ٩١١).

(٢) نقض ١٩٨٤/٦/١٢ س ٣٥ ح ٢ ص ١٦٢٧.

(٣) نقض ١٩٧٦/٢/١٦ س ١٨ ص ٣٨٧.
من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن العبرة فى تكييف العلاقة القانونية هى بحقيقة ماعناه طرفاها منها، وتعرف ذلك من سلطة محكمة الموضوع فمتى استظهرت قصدها وردته إلى شواهد وأسانيد تؤدى إليه عقلاً ثم كيفت هذه العلاقة تكييفاً صحيحاً

الفصل السادس

إثبات العقد الدولى

(أ) تحرير العقد الدولى:

ينعقد العقد بتطابق الإيجاب والقبول، ولايشترط تحرير ذلك كتابة، مالم ينص القانون أو الاتفاق على عكس ذلك.[1] فالكتابة مجرد طريقة لإثبات وجود الإرادة. ولايجوز لأحد المتعاقدين أن يضمن المحرر المكتوب شروطاً تخالف ماتلاقت الإرادة حوله.[2]

وللمتعاقدين حرية تحديد المستندات العقدية التى تتضمن التعبير عن الإرادة، وتحريرها بالطريقة المقروءة وبعبارات وأحرف واضحة الدلالة فى تحديد نية الأطراف. ويتم تحرير العقد عادة فى محرر واحد، إلا أنه ليس هناك مايمنع قانوناً من أن يكون التعبير عن الإرادة وارداً فى محرر أو أكثر، فقد يثبت الإيجاب فى مكاتبات والقبول فى مكاتبات أخرى. فالتصرف القانونى فى مجموعه يتكون من مجموعة الأوراق والمحررات المثبتة لأركانه وعناصره.[3]

ينطبق على فهمها للواقع ويتفق مع قصد طرفى هذه العلاقة فانه لايقبل من أيهما أن يناقش فى هذا التكييف توصلا إلى نقض حكمها. (الطعن رقم ٩٦٠ سنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٨ س ٣٤ ص ٩٩١).

(١) أنه وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة فى العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها إلا أنه ليس ثمة مايمنع المتعاقدين من اشتر ط تعليق انعقاد العقد على التوقيع على المحرر المثبت له. إذ ليس فى هذا الاتفاق مايخالف النظام العام، واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط هو مايستقل به قاضى الموضوع. (الطعن رقم ٦ سنة ١٩ ق جلسة ١٩٥١/٣/٢٩).

(٢) نقض ١٩٨٥/١٢/٢٢ س ٣٧ ص ١٠٠٨.

(٣) لايلزم لانعقاد العقد إثبات الإيجاب والقبول فى محرر واحد. فإذا كان الحكم قد اعتمد إثبات مشارطة إيجار السفينة على تسلسل البرقيات والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين وماستخلصه من أن الإيجار قد صادفه قبول فإن الحكم فى قضائه على أساس ثبوت مشارطة الإيجار لايكون قد خالف القانون. (الطعن رقم ٣١٠ سنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/١١ س ١٧ ع ١ ص ٧١).

إذا استعمل المتعاقدان نموذجاً مطبوعاً للعقد وأضافا إليه - بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى - شروطا تتعارض مع االشروط المطبوعة وجب تغليب الشروط المضافة باعتبارها تعبر تعبيراً واضحاً عن إرادة المتعاقدين. (١)

ويجرى العمل فى العقود الدولية على كتابتها عرفياً أو رسمياً من خلال التصديق أو التسجيل، ولايتخيل وجود عقد دولى شفهى، بل يتم عادة صياغتها بالصوت والصورة والأساليب الإلكترونية الحديثة كما سنرى.

والقاعدة الأساسية فى هذا الصدد أن العقد يُفرغ فى الشكل المقرر فى قانون بلد الإبرام، ولو كان أطرافه أجانب، هنا يعتبر صحيحاً شكلاً ويجب الاعتراف به فى باقى الدول، حتى فى الدولة التى يتوطن فيها الأطراف أو يتمتعون بجنسيتها. ولكن تلك القاعدة غير ملزمة للمتعاقدين حيث يمكنهم إبرام العقد طبقاً للشكل المقرر فى القانون الذى يحكم موضوع العقد أى قانون الإرادة. (٢)

(ب) مستندات العقد:

الأصل أن العقد يتجسد فى المحرر الذى يتم توقيعه بين الطرفين حيث يتضمن شروط ومضمون التعاقد. إلا أن هناك بعض المستندات الإضافية التى يقدمها أحد المتعاقدين للآخر وتدخل فى النطاق العقدى:

لا على الحكم المطعون فيه إذا كان قد استخلص من المراسلات المتبادلة بين الطرفين قيام التعاقد بينهما فى مادة تجارية. وأن إراديتهما قد تلاقت فى شأن تحديد قدر المتعاقد عليه.

(الطعن رقم ٢٥٧ سنة ٣٢ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/١٢ س ١٨ ع ٤ ص ١٨٦٠)

جواز تضمين المحرر لأثر من عقد مؤداه للمؤجر حق فسخ إحداهما دون الأخرى توافرت شروطه.

(الطعن رقم ٤٩٠١) لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٥٥/٤/٦).

(١) (الطعن رقم ٨٣٢ سنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/١/٣١ س ٣٤ ص ٣٥٥٥).

الطعن رقم ٥٠٠ سنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩١/٥/١٣ س ٤٢ ص ١١٠٢).

(٢) Grout, la preuve en droit international privé, 2000, p. 420.

ويحرص الأطراف على تنظيم مسألة الإثبات: Caluse de preuve.

(١) فهناك الكتيبات والأوراق الدعائية المطبوعة التى يسلمها أحد الطرفين للآخر بقصد إعلامه وحثه على التعاقد. ويتم ذلك عادة بمناسبة الترويج لمشروعات البناء وبيع الأجهزة الكهربائية. ويذهب الاتجاه المعاصر إلى أن مثل هذه الأوراق بالرغم من أنها تمثل مجرد إعلان دعائى، إلا أنها بما تتضمنه من تفاصيل تؤثر على الرضاء بالتعاقد، ومن ثم ينبغى اعتبارها جزءاً من العقد، وتلزم من أصدرها بما ورد فيها، حماية للمستهلك من الدعاية المغرضة الخادعة للجمهور.

(٢) وهناك بعض المستندات التى تعتبر من ملحقات العقد وتعتبر حجة على المتعاقد وتلزمه بما ورد فيها. مثل الشروط العامة أو الصيغة النموذجية المطبوعة التى يتم الإحالة إليها فى عقود التأمين وعقود التجارة الدولية.[١] وكذلك الإعلانات والملصقات التى توضع فى مكان إبرام أو تنفيذ العقد. مثال ذلك الإعلان عن عدم مسؤولية الجراج أو الفندق عن سرقة الأشياء التى تسرق من العملاء طالما لم تسلم للإرادة وكذلك الإعلانات التى يضعها صاحب العمل للعمال فى مكان العمل لمراعاة تعليمات معينة.

يجب لإلزام المتعاقد بما ورد فى هذه المستندات أن يكون على علم بها، أو أن يتمكن من ذلك، وذلك بإعطائه نسخة منها أو وضعها فى مكان ظاهر، بحيث يستشف قبول المتعاقد لها طالما استمر فى تنفيذ العقد بعد علمه بها.

(٣) وهناك بعض المستندات التى تصدر عن أحد المتعاقدين بعد إبرام العقد، وذلك بقصد تعديل أو تفسير أو تكملة بعض جوانبه. لاشك أنه لايجوز لأحد المتعاقدين الإنفراد بتعديل العقد،[٢] لذلك فإنه إذا صدر من أحد الأطراف

---

(١) Chapj us, validité d'une "entire agreement clause", 2000, p. 85.

(٢) من الأصول المقررة وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدنى أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أن تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون، ومن ثم فلا يعتد بتعديل نصوص عقد يستقل أحد المتعاقدين باستحداثه بإرادته المنفردة. وينبنى على ذلك أنه إذا ماحرر اتفاق تناول نصوص العقد بالتعديل وحمل المحرر توقيع المتعاقدين معا فأن ثبوت تزوير توقيع إحداهما من شأنه أن يبطل الاتفاق برمته ولاينتج عما أثبت به حصول تعديله للعقد ثمة آثار

مايتضمن ذلك كان للطرف الآخر الاعتراض والاحتجاج مباشرة حتى لايؤخذ سكوته واستمراره فى التنفيذ على أنه بمثابة قبول. فإذا أرسل المتعاقد للآخر مكتوبا (خطاب أو مكالمة أو تلكس أو إيصال) يحمل تفسيراً أو تعديلاً أو إضافة وتسلمه دون تحفظ أو اعتراض خلال المدة المعقولة، فإن ذلك يعد قبولا. (١)

(جـ) تأثير التكنولوجيا المعاصرة فى الإثبات:

إن وسائل الإثبات وأساليبه جاءت وليدة الواقع العملى وتعبيراً عما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم، ولم يفرضها المشرع عليهم بل اكتفى بتقريرها وتقنينها. وقد درج الناس على الكتابة التقليدية لإثبات تصرفاتهم لثقتهم فيها كوسيلة تتسم بالثبات ويصعب التلاعب بها أو تزويرها بطريقة خفية، حيث يسهل اكتشاف ذلك من خلال النظرة الظاهرة أو الفحص العلمى.

كشف التطور المعاصر عن ظهور شكل حديث للكتابة والمحررات والتوقيع، وهو الأسلوب الإلكترونى عبر الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها. إن تكنولوجيا المعلومات، بما تتسم به من مستوى فنى رفيع، أصبح لها مكانة هامة ومتزايدة فى مجال الإثبات، حيث يتم حفظ ومعالجة المعلومات والبيانات عبر المستندات والمحررات المعلوماتية مثل الشرائط الممغنطة وشرائط الفيديو وشرائط وتسجيلات الحاسب الآلى والمصغرات الفلمية لمستخرجاته. (٢)

اهتزت الكتابة العادية وطرق الإثبات التقليدية فى مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث أصبح الضغط على "الفارة" مفتاح تشغيل الحاسب وسيلة التعبير عن الإرادة فى العقود المبرمة عن بعد، وتجلت معالم التوثيق والكتابة والتوقيع الإلكترونى فى هذا المجال وأصبحت واقعاً ملموساً أقرته

قانونية سواء بالنسبة إلى المتعاقد الذى ثبت تزوير توقيعه أو المتعاقد الآخر الذى كان توقيعه صحيحا.
(الطعن رقم ٩٧٣ سنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٩ س ٤٠ ع ١ ص ٤٤٠).

(١) Dieux, la preuve en droit commercial, p. 95.

(٢) Brahan, Prevuve électronique, Petities affiches, 19 féver, 2002.

التعديلات التشريعية فى النظم القانونية المعاصرة. ويتم استخدام طرق التقنية العلمية الحديثة كوسيلة للإثبات، بدلا من الكتابة فى مجال المواد التجارية عامة والمعاملات البنكية بصفة خاصة، كالدفع الإلكترونى، وسحب الأموال بالبطاقات البنكية من أجهزة التوزيع الآلى، ونقل الأموال من حاسب إلى آخر دون حاجة إلى أوراق موقعة.

إن التقدم العلمى والتقنى له تأثيره البارز على تطوير القواعد القانونية، حيث أصبح التواصل وتبادل الرسائل والصور بين أبناء الكرة الأرضية أمرا يسيراً عبر الزمان والمكان، من خلال التزاوج الذى تم بين المعلوماتية وأدوات الاتصال السلكية واللاسلكية والذى أثمر مولوداً عملاقاً وهو الإنترنت الذى حول الكرة الأرضية إلى قرية صغيرة، فتلاشت المسافات، وأصبح بوسع الإنسان رصد كل ما يجرى من أحداث على الأرض، والتجول عبر شبكة النت لإبرام الصفقات وشراء السلع والخدمات، وباتت الذبذبات والشفرات والمفاتيح السرية والأرقام الإلكترونية عبر الشاشة هى وسيلة إنجاز تلك المعاملات بدلاً من الأوراق والسجلات المدونة والتوقيع بالأحرف. ولم يعد استخدام الحاسب ووسائل الاتصال الحديثة مثل التلكس والفاكس والإنترنت قاصراً على الحكومات والمشروعات الكبرى والبنوك، بل امتد ذلك ليشمل نسبة كبيرة من الأفراد فى المجتمع.

أمام هذا التطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا الحديثة وهيمنتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة، بما فيها الجانب القانونى، بات من الضرورى تطوير وسائل الإثبات التقليدية، وعدم الاقتصار على المحرر الورقى والتوقيع بالأحرف، بل استيعاب المحررات الإلكترونية التى تعتمد على دعامات غير ورقية مصحوبة بالتوقيع الإلكترونى، فالقانون ظاهرة اجتماعية يستهدف تنظيم الحياة فى المجتمع ويتجاوب مع كافة العوامل الاجتماعية والسياسية والتقنية المؤثرة فيه. (١)

(١) Calbrioli, la prevue électronique, JCP, 2000, 224.

(د) أهمية ومخاطر الإثبات الإلكترونى:

اكتسبت وسائل الإثبات الإلكترونى مكانـة هامـة فـى مجـال المعـاملات التجارية التى تقـوم علـى مبدأ حريـة الإثبـات، وبدأت التشـريعات الدوليـة فـى الاعتراف بـها ومسـاواتها بطـرق الإثبـات التقليديـة وأصبـح كـل مـن المحـرر والتوقيع الإلكترونى يحظى بنفس حجية المحرر والتوقيع التقليدى.

إن تزايد كـم البيانـات والمعلومـات المدونـة عبر الأوراق والمستندات والكتب وتضخم حجمها وتراكمها يثير مشكلة كبيرة فى حفظها وتخزينها لفـترة طويلة، حيث يصعب إيجاد المكان الكافى والملائم لدى المنشآت، وهـو مـايطلق عليه بالأرشيف الذى يحتاج لمساحات كبيرة يتعذر توفيرهـا، لـذا جـاء الحاسب الآلى ليساهم فى تلك المشكلة حيث يحفظ المعلومـات بداخلـه، دون حاجـة إلـى حيز أو حجم كبير وظهرت فكرة السجلات والأرشيف الإلكترونى.

مما لاشك فيه أن الأسلوب الإلكترونى فى الكتابة والمحررات والتوقيع يصلح كوسيلة لإثبات جميع التصرفـات القانونيـة فـى كافـة المعـاملات المدنيـة والتجارية، ولكن التساؤل يثور بالنسبة للحالات التى يتطلب القانون فيها الكتابة كشرط لإنعقاد التصرف. يصعب القول بصلاحية ذلك الأسلوب فى هذا المجال، بل يتعين اتباع النمط التقليدى فـى الكتابـة والتوثيـق، حيث يـترتب علـى تخلفـه بطلان التصرف، ولايمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلـة الدوائر والجـهات الإداريـة المختصـة، مثـل الشـهر العقـارى، والسـجل التجارى، لاستيعاب تلك الأساليب الحديثة والعمل بها. ولاشـك فـى حتميـة ذلـك التطور لمواكبـة تلـك المستجدات علـى الصعيد العـالمى، مـن خـلال الحكومـة والإدارة الإلكترونية.

ويتعين السير فى هذا الطريق إلى نهايته كى تستقر الشكلية الإلكترونية فى مجال التوثيق والمصالح الحكومية بكافة صورها حتى تكتمـل الدائـرة، دون تفرقة فى هذا الصدد بين الحالات التى يشترط فيها القانون الكتابة للإثبات وتلك التى يقتضى فيها الكتابة كشرط لصحة إبرام التصرف، مع إمكانية المغايرة فى

الأسلوب الإلكتروني فى الكتابة والتوثيق بين الحالتين تمشياً مع الأهمية المضفاة على كل منها.

إن المعلومات والبيانات التى يتم تداولها وحفظها عبر الحاسب وشبكة النت يمكن التمسك بها فى ساحات المحاكم ويجوز للقاضى الإرتكان إليها والثقة بها فى النزاع المعروض عليه بشرط أن يتم تسجيلها بأسلوب منظم وبطريقة جديدة ومأمونة، وإن كان ذلك لايغلق الباب أمام احتمال وجود خطأ أو عيب فى عملية نقل المعلومات والبيانات سواء من جانب المصدر أو من جانب وسائل النقل والاتصال. (١)

لايخفى وجود بعض المخاطر التى تهدد سلامة وصحة المعلومات والبيانات الصادرة عن وسائل التقنية الحديثة فى الإثبات مثل احتمالات الخطأ البشرى أو الفنى فى إدخال البيان أو تصميم البرنامج أو نقل المعلومة أو حدوث أعطال تهدد سلامة تخزين البيانات، ولعل أهم هذه المخاطر هو التدليس والغش أو القرصنة بصدد نظم المعلومات حيث يمكن اختراقها والتلاعب بها وتزييف بطاقة الائتمان وإطلاق الفيروس المعلوماتى على البرامج لإتلافها والنيل منها.

ولكن تلك المخاطر لم تمنع أو تحد من استخدام ذلك التطور التقنى، وتزايده وأهميته، حيث أصبح نتيجة حتمية للتقدم العلمى وجزءاً لايتجزأ من المعاملات الإنسانية على كوكبنا المعاصر، ومن المقرر أنه لايخلو أى نشاط إنسانى من المخاطر أو السلبيات، فالكتابة وطرق الإثبات التقليدية تتعرض بدورها للتلف أو التزوير، ويحاول الإنسان جاهداً تأمين الوسائل المستخدمة وتفادى عيوبها.

إن النمو المضطر للتجارة الإلكترونية يستوجب تأمين تلك المعاملات من حيث ضمان سلامة المضمون المتبادل عبر النت من جهة ونسبته إلى صاحبه وسلامة التوقيع الإلكترونى الصادر عنه من جهة أخرى، حيث يمكن أن تثور ظلال الشك حول عناصر التصرف نظراً لاحتمال تعرضها للتبديل

(١) Assaya et Baudouin, signiature, électronique par cryntographie à clé publique, JCP. 2003, 146.

والتغيير عبر الإرسال، خاصة وأنها تتم عن بعد بين أطراف متباعدين غير متعارفين.

ثار الشك والحذر فى البداية بصدد الأسلوب الإلكترونى فى التعبير عن الإرادة والإثبات، ولكن المشرع المعاصر سرعان ماتدخل، استجابة للواقع العملى، ليقر هذا التطور ومنح المحررات والكتابة والتوقيع الإلكترونى ذات الثقة والحجية الخاصة بالأساليب التقليدية واشترط عدة ضوابط لضمان سلامتها. والواقع أن احتمالات التزوير فى الأساليب الحديثة ليست أكثر شيوعاً منها فى الأساليب التقليدية، واتجه البحث جلياً حول سبل تأمين الأسلوب الإلكترونى فى الإثبات ونسبة التوقيع إلى صاحبه وذلك من خلال الشفرات والمفاتيح السرية وسبل التحصين التى تمنع الاختراق والتلاعب.

(س) حجية الكتابة والمحررات الإلكترونية:

يقصد بالكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك. يتضح من ذلك التعريف أن تلك الكتابة تختلف عن التقليدية من عدة وجوه:

أولا: تتمثل الكتابة العادية فى كيان مادى ملموس، ومن ثم تسهل قراءتها بالعين المجردة، أما الإلكترونية فتكون مسجلة على دعامة مغناطيسية، ولايمكن قراءتها أو الإطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلى أو طبعها على ورق بواسطة الطابعة الملحقة بالحاسب.

ثانيا: تتسم الكتابة التقليدية بصفة الدوام والثبات، فهى تكون بطريقة نهائية، ومن ثم يسهل كشف أى تلاعب أو تزوير فيها، بينما لاتتمتع الإلكترونية بهذه الصفة لأنها قابلة للمحو والتعديل والتلف دون ترك أثر ملحوظ يكشف التلاعب بها، خاصة إذا قام بذلك خبير أو مهنى متخصص فى الحاسب والمعلوماتية. ويمكن أن يتم ذلك أيضاً بسبب الخلل الفنى أو التقنى فى الأجهزة

المستعملة، سواء تم ذلك تلقائياً أو بفعل فاعل مثل إطلاق الفيروس على البرنامج لتدميره.

أن المحرر الإلكترونى هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تندمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة، ويتمثل المحرر غالباً فى صورة سند يتم إنتاجه وحفظه من خلال الحاسب، مثل الرسالة أو العقد أو الصورة. وقد يتم إرسال المحرر الإلكترونى عبر الإنترنت أو حفظه على اسطوانات ضوئية أو ممغنطة أو عن طريق التلكس أو الفاكس.

إنتشرت المحررات الإلكترونية وأصبحت واقعاً ملموساً يستحيل تجاهلها، لذا بات من الضرورى إعادة النظر فى قواعد الإثبات لاستيعاب ذلك التطور التكنولوجى، وذلك من خلال تعديل بعض هذه القواعد أو إضافة قواعد أخرى إليها.

تدخل المشرع فى كثير من الدول المعاصرة ليضفى على المحرر الإلكترونى ذات الحجية المقررة للمحرر العرفى التقليدى بشرطين:

الأول: حفظ المحرر الإلكترونى بطريقة تضمن سلامته وتدل على مصداقيته وصلاحيته لمدة طويلة دون تلف أو تعديل تلقائى لمحتواه، ويترك أمر تلك المدة لقاضى الموضوع، ولكن لاينبغى أن تقل عن فترة التقادم المدنية وهى، كقاعدة عامة، ١٥ سنة.

الثانى: إمكانية تحديد هوية الشخص المنسوب إليه المحرر بصورة قاطعة. ويتم ذلك عادة عن طريق التوقيع الإلكترونى الذى يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره، فهو وسيلة موثوقة تضمن تمييز صاحبها وعلاقته بالمحرر أو التصرف القانونى المرتبطة به. يرتبط التوقيع، كقاعدة عامة، بالموقع وحده دون غيره. تقوم الصلة الوثيقة بين التوقيع ومضمون المحرر المنسوب للموقع، حيث يلتزم الأخير بذلك المضمون الذى وقع عليه.

وينبغى لذلك سيطرة الموقع على الوسيط الإلكترونى على نحو يطمئن إلى سلامة توقيعه وعدم تعرضه، فى صورته السرية الخاصة لأى تلاعب أو تزوير، كى نضمن نسب التوقيع لصاحبه وارتباطه بمضمون المحرر. (١)

وبالنسبة للمحررات الإلكترونية الخالية من التوقيع فيمكن أن تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت صادرة مادياً أو معنوياً، من الخصم الذى يراد الاحتجاج بها عليه، وكان من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال. مثال ذلك الرسائل المتبادلة عبر البريد الإلكترونى والمواقع على شبكة الإنترنت، وعلى صعيد المعاملات التجارية يعتد بتلك الرسائل كوسيلة للإثبات ولم لم تحمل توقيع صاحبها. إن مجرد التعرف على صاحب الرسالة إو إدخال رقم بطاقة الدفع الخاص بالمتعامل عبر الإنترنت لايقوم بنفس الدور الفعلى للتوقيع، ومن ثم لايحظى التصرف غير الموقع بالأمان الكافى فى الإثبات.

وكقاعدة عامة فإن اتفاق الأطراف المسبق على تنظيم أسلوب وطريقة الإثبات يعمل به فى مجال حرية الإثبات بعيداً عن نطاق القواعد الآمرة، لذلك يحرص المهنيون على اللجوء للشروط الاتفاقية المسبقة لتنظيم إثبات الحقوق المتبادلة مع عملائهم عند حدوث النزاع. ويغلب ذلك فى مجال المعاملات التجارية الإلكترونية بصفة عامة.

وتبدو أهمية هذا الاتفاق فى الدول التى يخلو تشريعها من وجود نص يضفى الحجية على المحررات الإلكترونية. لذا يجرى العمل على الاتفاق بين الشركات والبنوك والموردون من جهة والعملاء من جهة أخرى على إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية التى يتم التعامل بها فيما بينهم واعتبارها دليلاً كاملاً فى الإثبات مساوية للمحررات العرفية، مما يسلب القاضى السلطة التقديرية فى تقدير حجيتها.

ولاشك فى صحة مثل هذا الاتفاق مالم تتسم الشروط الواردة به بالتعسف من جهة، وتخالف النظام العام من جهة أخرى، وعدم المساس بحق

(١) Piete Coudol, Signature de la facture electronique, comm., com elec 2003,12.

الشخص، دائما، فى إثبات عكس ماورد بالمحرر الإلكترونى أو عدم صحته، ذلك أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ جوهرى من مبادئ الإثبات وهو الحق فى الإثبات الذى لايمكن تقييده أو حرمان الشخص منه.

(ص) حجية الصور والمستخرجات:

بات من الضرورى العدول عن المبادئ التقليدية للإثبات إلى مبادئ أكثر تطوراً تسمح بقبول مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة كوسائل جديدة فى الإثبات، ويقصد بذلك الأوراق والمستندات المستخرجة من الحاسب الآلى، وهى تتضمن بيانات ومعلومات معينة يتم إدخالها وبرمجتها فيه واستخراجها عند اللزوم، وكذلك الحال بالنسبة لأجهزة الفاكس والتلكس.

هنا تثور قاعدة الدليل الأصل التى تعتمد على ضرورة تقديم أصل المحرر الذى يتم التمسك به فى الإثبات، حيث تعتبر مخرجات التقنيات الحديثة، غالباً، صوراً لمستندات مسجلة على الحاسب أو بنك المعلومات أو الفاكس أو التلكس. وقد يتم تسجيل البيانات واستخراجها على مستندات دون أن يكون لها محرر أصلى. ولايقتصر الأمر على المستخرج المكتوب بل يشمل كذلك أى اسطوانة أو شريط أو تسجيل صوتى أو فيلم أو أى جهاز آخر يتضمن أصواتاً أو صوراً مرئية يمكن إعادة إنتاجها مرة أخرى. ومن ثم فإن المستخرجات قد تكون مكتوبة أو مسجلة بالصوت أو الصورة الفوتوغرافية وشرائط الفيديو والراديو والأفلام والميكروفيلم. [(١)]

يستقر القضاء بصفة عامة على أن الصورة يعتد بها، على سبيل الاستئناس فى مجال الإثبات الحر بالنسبة للمعاملات التجارية والمدنية التى لايتطلب فيها المشرع الكتابة للإثبات، حيث يتمتع القاضى بسلطة تقديرية كاملة فى الاعتماد عليها كدليل مقترنة بالأدلة الأخرى المقدمة فى الدعوى، فالصورة مجرد قرينة بسيطة أو دليل ناقص. أما فى حالات وجوب الإثبات بالكتابة

(١) D. Kamberterem JCP, 2001, 1269.

الرسمية أو العرفية فلا تصلح الصورة بدون الأصل لخلوها من التوقيع الأصلى للمنسوب إليه، إلا أنها يمكن أن تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة.

وفى حالة عدم وجود نص ينظم حجية المستخرجات الالكترونية، فإنه يتعين إعمال المبادئ السابقة، ومن ثم فإن المحررات المذكورة تخضع لتقدير القاضى فى الإثبات من خلال بحث كافة الظروف التى أحاطت بتحريرها، ويمكن اعتبار مستخرجات التقنيات الحديثة بمثابة أصل طالما لم يثر الشك حول حجيتها، سواء تعلق الأمر بالحاسب الألى أو الرسائل الإلكترونية والميكروفيلم وشبكة الإنترنت. وتتمتع الصورة بحجية فى الإثبات طالما كانت مطابقة للأصل فى الشكل والمضمون. وتتمتع بصفة الدوام والثبات.

يجرى العمل على احتفاظ كل طرف فى التصرف القانونى بنسخة منه لديه، كى تسهل المقارنة لاكتشاف أى تعديل أو تناقض. تثور الصعوبة بالنسبة للمحرر الإلكترونى، حيث يعد استخراج نسخة منه بمثابة صورة للأصل الموجود على الجهاز، هنا ينبغى ضمان سلامة هذا الأصل، من خلال منع وصول أحد الطرفين إليه دون علم أو موافقة الطرف الآخر، بغض النظر عن مكان تواجدى المادى، ويمكن احتفاظ كل طرف بصورة مطابقة للأخرى ومعتمدة مما يتضمن المقارنة وكشف أى تعديل أو تناقض.

ويمكن تأكيد حجية المستخرجات الإلكترونية عن طريق اتفاق الأطراف على ذلك ووضع الشروط والضوابط اللازمة فى هذا المجال. ولاشك فى صحة مثل هذا الاتفاق، والذى قد يتم صراحة أو يستشف ضمناً من توافق الأطراف، كما هو الحال فى المعاملات التجارية الإلكترونية بصفة عامة والبنكية بصفة خاصة، كما أشرنا من قبل.

(ط) تأثير التطور التقنى على مبادئ الإثبات:

إن التطور التقنى لايمس، كقاعدة عامة، المبادئ العامة فى الإثبات، وإن كان من الضرورى أحيانا، تطوير تلك المبادئ لمواكبة مقتضيات المعاملات الإلكترونية والسبل العلمية الحديثة لإثباتها:

- يظل عبء الإثبات على عاتق المدعى. والأصل هو سلامة المحرر طبقا للوضع الظاهر وعلى من يشكك فى صحته عبء إثبات ذلك. ومن ثم فإنه يفترض صحة المحرر والتوقيع الإلكترونى من حيث الظاهر، لتأكيد الثقة فيهما، إلى أن يثبت العكس، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدعى. ولاشك أن المدين بالأداء فى التصرف القانونى هو صاحب المصلحة الحقيقية، فى هذا الصدد، سواء فيما يتعلق بمضمون المحرر أو بالتوقيع الإلكترونى حيث يمكن التلاعب بهما دون ترك أثر بسبب الطابع غير المادى لهما. ويقتضى الأمر احتفاظ الملتزم بالوسائل والمعطيات التى تمكنه من اكتشاف أى تعديل أو تزوير فى المضمون أو التوقيع. وقد يتم ذلك من خلال نظام الأرشيف والتوثيق الإلكترونى لدى جهات محايدة تتولى هذه المهمة، حيث يمكن الرجوع إليها فى كل حين لإجراء المطابقة واستخراج صورة من الأصل الموجود لديها.

- إن لكل خصم الحق فى إثبات دعواه وذلك بإقامة الدليل على مايدعيه، ولكن لايجوز له أن يصطنع دليل إثبات بنفسه.

اهتز هذا المبدأ أمام استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة فى الإثبات، كما هو الحال بصدد إيصالات السحب الآلى من البنوك، لأن البنك هو الذى يصدر الإيصال ويتمسك به فى مواجهة العميل عند حدوث نزاع بخصوص عملية السحب. فالبنك يسعى لتقديم الدليل على العمليات التى تمت مع عميله ويعد كشفاً بالخدمات التى قدمها له عن طريق أجهزة الحاسب الآلى التى يستخدمها. أن البنك هنا هو الذى يعد الدليل لنفسه. ولكن ينبغى التذكرة بأن هذا ما يجرى عليه العمل المصرفى بصفة عامة، ويجد أساسه فى القبول الضمنى للعميل لذلك عند بدء التعامل.

يجرى العمل على الاتفاق بين البنك والعميل، عند إصدار البطاقات البنكية الممغنطة، على تقرير الحجية الكاملة لمستخرجات البنك الآلية التى تثبت التعاملات المصرفية للعميل، بل أن الأمر قد يصل إلى حد الحجية المطلقة، أى حرمان العميل من إثبات عكس ماورد بتلك المستخرجات. ونرى

بطلان مثل هذه الفقرة الأخيرة لأنها تتسم بالتعسف من جهة ومخالفة المبادئ الأساسية فى الإثبات، وعلى رأسها الحق فى الإثبات الذى يتعلق، بلا شك بالنظام العام.

ونقرأ عادة ضمن شروط عقد البطاقة الصادر عن البنك الصيغة الآتية: "تعتبر كافة المبالغ المسحوبة بمعرفتى وفقا لهذا النظام والتى تم قيدها على حسابى بدفاتر البنك صحيحة وحجة على، ولايحق لى الاعتراض عليها بأى وجه من وجه الاعتراض أو المناقضة، وأسقط حقى من الآن فى الإدعاء بأن ماتم قيده فى الحساب يخالف ماتم تسجيله بمعرفتى على لوحة المفاتيح"، "أوافق من الآن على الاعتداد بالبيانات التى تدون على وسائط ممغنطة كوسيلة إثبات غير قابلة لإثبات العكس وذلك فى حالة حدوث نزاع بينى وبين البنك أمام القضاء".

(ع) ماهية وصور التوقيع الإلكترونى:

هو كل مايوضع على محرر إلكترونى ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع ويميزه عن غيره.

يتضح من ذلك أن التوقيع الإلكترونى يختلف عن التوقيع التقليدى من حيث الشكل لأن الأخير نتاج حركة يد الموقع فى صورة إمضاء أو ختم أو بصمة عبر وسيط مادى، غالباً مايكون دعامة ورقية، بينما يتم الأول عبر وسيط إلكترونى، من خلال أجهزة الحاسب الآلى والإنترنت أو على كاسيت أو إسطوانة ، فهو مجموعة من الإجراءات يعبر عنها بالكود على شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو شفرة أو حتى أصوات أو صور. إن هذا الفارق الجوهرى بين التوقيعين لاينفى اتفاقهما من حيث الوظيفة والهدف ألا وهو تمييز شخصية صاحب التوقيع وهويته والاستيثاق من صدوره عنه والتعبير عن إرادته فى قبول الإلتزام بالتصرف القانونى المقترن به.

تتعدد صور التوقيع الإلكترونى بحسب الطريقة أو الأسلوب الذى يتم به، ولاشك أننا أمام تطور تقنى مستمر طبقا للمتغيرات المذهلة فى مجال نظم المعلومات، ومن أهم الصور المعروفة حتى الآن:

(١) استخدام البطاقة الممغنطة والرقم السرى: وينتشر ذلك مع البنوك ومؤسسات الائتمان حيث تصدر بطاقات لعملائها تمكنهم من سحب النقود من أجهزة الصرف الآلى عن طريق إدخال البطاقة والرقم السرى. ويتم استخدام البطاقة أيضا لسداد ثمن السلع والخدمات من خلال جهاز معين لدى المحال التجارية.

(٢) تحويل التوقيع اليدوى إلى توقيع إلكترونى، عن طريق التصوير بالماسح الضوئى ثم نقل الصورة إلى المحرر أو الملف المراد إضفاء الحجية عليه، ويتم ذلك عبر شبكة الإتصال الإلكترونى.

(٣) التوقيع الرقمى ويتم بتحويل المحرر والتوقيع، المكتوبين بالكتابة العادية، إلى معادلة رياضية وأرقام، عن طريق العمليات الحسابية واللوغاريتمات الرياضية. ويتم تشفير ذلك بمفتاحين، الأول عام يكون متاحاً للمتعاقد الآخر وكل من يرغب فى قراءة رسالة البيانات عبر الإنترنت، أما المفتاح الخاص فيحتفظ به صاحب التوقيع على وجه السرية. وعلى من يرغب فى الإلتزام بالمحرر أو الرسالة وضع مفتاحه الخاص، وبذلك يتم التوقيع وينغلق المحرر ولايمكن المساس به أو تعديله إلا بالاستخدام المتعاصر للمفتاحين الخاصين بالطرفين.

(٤) استخدام الخواص الذاتية الجسمانية مثل بصمة الإصبع وبصمة الشفاة ومسح شبكة العين ونبرة الصوت. ويتم أخذ صورة للخاصية وتخزينها داخل الحاسب فى نظام حفظ الذاكرة. وغالبا مايتم تشفير الصورة لمنع أى استخدام غير مشروع لها ومحاولة العبث بها أو تغييرها، ونظراً لأن الخواص المميزة لكل شخص تختلف عن تلك التى تميز غيره، فإن التوقيع بها يعتبر وسيلة موثوق بها. ووفقا لهذه الطريقة يتم تخزين بصمة الشخص داخل الدائرة الإلكترونية للجهاز المراد التعامل معه بحيث لايمكن أن يستجيب للشخص إلا

بعد النطق بكلمات محددة أو بوضع البصمة أو المرور أمام الجهاز عندما يتأكد من عملية المطابقة الكاملة. (١)

(ك) حجية التوقيع الإلكترونى:

إن وجود التوقيع الإلكترونى ضمن المحرر على وسيط إلكترونى غير مادى وإنفصاله عن شخص الموقع، قد يثير الشك حول مصداقيته فى تمييز هوية صاحبه وضمان إرتباطه بالتصرف القانونى، حيث يمكن للقراصنة إختراق نظم المعلومات ومعرفة التوقيع وفك شفرته واستخدامه دون موافقة صاحبه، كل ذلك بخلاف التوقيع العادى الذى يتطلب الحضور الجسمانى لصاحبه مما يسهل التحقق منه، ويتم الاحتفاظ بنسخة من المحرر تكون بمنأى عن العبث والتغيير، ويمكن لخبراء الخطوط كشف أى تلاعب أو تزوير فى التوقيع.

إن مثل هذا التخوف رغم، ما ينطوى عليه من بعض الصواب، لم يقف عقبة أمام استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة فى مجال الإثبات. إن مخاطر التزوير قائمة أيضاً بالنسبة للمحرر والتوقيع التقليدى على الورق، ومن ثم فإن الإثبات والتوقيع بالأسلوب الإلكترونى بات حقيقة حتمية لايمكن الاستغناء عنها فى ظل نظم المعلومات والعولمة. إن الخوف لايمنع التقدم العلمى، بل تتزايد الجهود المبذولة من جانب العلماء فى استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة لتوفير الأمان والضمانات اللازمة لأساليب الإثبات والتوقيع الإلكترونى بغرض تحديد هوية الموقع ومحاربة القرصنة الإلكترونية. لذا ظهرت الكثير من التقنيات المتطورة والبرامج الأمنية والشركات المتخصصة للقيام بهذا الدور.

توالت التشريعات المعاصرة فى تبنى الإثبات بوسائل التكنولوجيا الحديثة وإضفاء الحجية على المحرر والتوقيع الإلكترونى بشرط مراعاة المواصفات والمقتضيات التى تضمن تحديد هوية الموقع والتزامه بمضمون المحرر المرتبط به وتمكينه من الاحتفاظ بتوقيعه والسيطرة عليه بشكل

(١) Malelai, Formalisme Cambiaire et Signiature electronique, JCP, 2000,2036.

حصـر ى و أن تكـون لديـه الوسـائل المناسـبة لكشـف أى تعديـل أو تلاعـب بـــه. وتتولـى هذه المهمـة جهات تنشأ للتوثيق أو لتقديـم خدمـة التصديـق الإلكـترونى، و هى تعمل بترخيص وتحت إشراف السلطة التنفيذية، وتقوم هذه الجهات بتقديم شـهادة إلكترونيـة لتـأكيد هويـة الموقـع وصفتـه وصحـة توقيعـه ونسـبة رسـالة البيانات أو العقد إلـى صاحبـه. يتضـح مـن ذلـك أن التوقيـع الإلكـترونى يسـتمد حجيته فى تلك الدول من التشريع الصـادر فيـها وطبقـاً للضـوابـط والإجـراءات المقررة فيه.

أما عن الدول التى لم يصدر فيـها قـانون يقر حجيـة المحـرر والتوقيـع الإلكترونى، فإن هذه الحجية يمكن أن تستمد من اتفاق الأطـراف المسـبق علـى ذلك استنـاداً إلى مبدأ صـلاحية الاتفاقـات المعدلـة لقواعد الإثبـات الموضوعيـة، كما رأينا بصدد المعـاملات البنكيـة. وفـى حالـة عدم وجـود اتفـاق فإنـه يجـوز الإثبات بالوسائل الإلكترونية فى الحالات التى يقبل فيها إثبات التصرفات بغـير الكتابة. وعلى أية حال فإنه يجـوز لقـاضى الموضـوع أن يسـتخلص، فـى غير الحالات السابقة، مبدأ الثبوت بالكتابة من المحرر أو التوقيع الإلكترونى، بحيث يجوز للخصم الذى يتمسك بهذا المبدأ تكملته وتعزيزه بالبينة والقرائن.

يقصد بالتوقيع الإلكترونى مايوضع على محرر الكترونى، ويتخذ شكل أو حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره. [1]

للتوقيع الإلكترونى، فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقـررة للتوقيعـات فـى أحكـا، قـانون الإثبـات فـى المـواد المدنيـة والتجاريـة، إذا روعـى فـى إنشـائه وإتمامـه الشـروط المنصـــوص عليـها فـى هـذا القـانون والضـوابـط الفنيـة والتقنيـة التـى تحددهـا اللائحـة التنفيذيـة لـهذا القانون. [2]

---

(١) م ١/ جـ من قانون التوقيـع الإلكـترونى رقـم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ والمـادة رقـم ١/١ مـن لائحته التنفيذية الصادرة بالقرار ١٠٩ لسنة ٢٠٠٥ الصادرة من ٢٠٠٥/٥/١٥.

(٢) م ١٤ من القانون.

(ل) **حجية الكتابة والمحررات الإلكترونية**:

يقصد بالكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أى علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك.

ويقصد بالمحرر الإلكترونى رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة.

يكون للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها فى هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التى تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون. (١)

(م) **حجية الصورة المنسوخة من المحرر الإلكترونى الرسمى**:

الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكترونى الرسمى حجة على الكافة بالقدر الذى تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الإلكترونى الرسمى والتوقيع الإلكترونى موجودين على الدعامة الإلكترونية.

ويقصد بالدعامة الإلكترونية وسيط مادى لحفظ وتداول الكتابة الإلكترونية، ومنها الأقراص المدمجة أو الأقراص الضوئية أو الأقراص الممغنطة أو الذاكرة الإلكترونية أو أى وسيط آخر مماثل. (٢)

(ن) **شروط تمتع التوقيعات والكتابة والمحررات بالحجية**:

يتمتع التوقيع الإلكترونى والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية بالحجية فى الإثبات إذا ماتوافرت فيها الشروط الآتية:

---

(١) م ١/أ ، ب ، و م ١٥ من القانون.

(٢) م ١٦ من القانون، م ١٤/١ من اللائحة. Civ. 30 av. 2003, Bull, Civ., 118.

١- ارتباط التوقيع الإلكترونى بالموقع وحده دون غيره: **ويقصد بالموقع** الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقع عن نفسه أو عمن ينيبه أو يمثله قانوناً.

ويقصد ببيانات إنشاء التوقيع الإكترونى عناصر متفردة خاصة بالموقع وتميزه عن غيره، ومنها على الأخص مفاتيح الشفرة الخاصة به، والتى تستخدم فى إنشاء التوقيع الإلكترونى.

يتحقق من الناحية الفنية والتقنية، ارتباط التوقيع الإلكترونى بالموقع وحده دون غيره متى استند هذا التوقيع إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكترونى مؤمنة على النحو الوارد فى هذه اللائحة، وتوافرت إحدى الحالتين الآتيتين:

- أن يكون هذا التوقيع مرتبطاً بشهادة تصديق إلكترونى معتمدة ونافذة المفعول صادرة من جهة تصديق إلكترونى مرخص لها أو معتمدة.
- أن يتم التحقق من صحة التوقيع الإلكترونى طبقاً لأحكام اللائحة.

ويقصد بمنظومة إنشاء التوقيع الإلكترونى مجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة، تحتوى على وسائط إلكترونية وبرامج حاسب آلى ويتم بواسطتها التوقيع إلكترونياً على المحرر الإلكترونى وذلك باستخدام بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى وشهادة التصديق الإلكترونى، كما يتم بواسطتها وضع وتثبيت المحرر الموقع إلكترونيا على دعامة إلكترونية.

٢- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكترونى: ويقصد بالوسيط الإلكترونى أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكترونى.

تتحقق من الناحية الفنية والتقنية، سيطرة الموقع وحده دون غيره، على الوسيط الإلكترونى المستخدم فى عملية تثبيت التوقيع الإلكترونى عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفرى الخاص، متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة والكود السرى المقترن بها.

ويقصد بالبطاقة الذكية وسيط إلكترونى مؤمن يستخدم فى عملية إنشاء وتثبيت التوقيع الإلكترونى على المحرر الإلكترونى، ويحتوى على شريحة إلكترونية بها معالج إلكترونى وعناصر تخزين وبرمجيات للتشغيل. ويشمل هذا التعريف الكروت الذكية والشرائح الإلكترونية المنفصلة (Smart token) أو مايماثلها فى تحقيق الوظائف المطلوبة بالمعايير التقنية والفنية المحددة فى هذه اللائحة.

٣- إمكانية كشف أى تعديل أو تبديل فى بيانات المحرر الإلكترونى أو التوقيع الإلكترونى؛وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك.

يتم من الناحية الفنية والتقنية، كشف أى تعديل أو تبديل فى بيانات المحرر الإلكترونى الموقع إلكترونياً، باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، وبمضاهاة شهادة التصديق الإلكترونى وبيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات، أو بأى وسيلة مشابهة. [(١)]

ويقصد بشهادة التصديق الإلكترونى الشهادة التى تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع.

يقصد بالتشفير منظومة تقنية حسابية تستخدم مفاتيح خاصة لمعالجة وتحويل البيانات والمعلومات المقروءة إلكترونياً بحيث تمنع استخلاص هذه البيانات والمعلومات إلا عن طريق استخدام مفتاح أو مفاتيح فك الشفرة.

ويقصد بتقنية شفرة المفتاحين العام والخاص (المعروفة باسم تقنية شفرة المفتاح العام) منظومة تسمح لكل شخص طبيعى أو معنوى بأن يكون لديه مفتاحين منفردين أحدهما عام متاح إلكترونيا، والثانى خاص يحتفظ به الشكل ويحفظه على درجة عالية من السرية.

ويقصد بالمفتاح الشفرى العام أداة إلكترونية متاحة للكافة، تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة، وتستخدم فى التحقق من شخصية الموقع على

---

(١) م ١٨ ، م ١/ هـ ، د من القانون ، م ٨/١ ، ١١ من اللائحة.

المحرر الإلكترونى، والتأكد من صحة وسلامة محتوى المحرر الإلكترونى الأصلى.

ويقصد بالمفتاح الشفرى الخاص أداة إلكترونية خاصة بصاحبها، تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة وتستخدم فى وضع التوقيع الإلكترونى على المحررات الإلكترونية، ويتم الاحتفاظ بها على بطاقة ذكية مؤمنة.[1]

(هـ) منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى:

مجموعة عناصر مترابطة ومتكاملة، تحتوى على وسائط إلكترونية وبرامج حاسب آلى يتم بواسطتها تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى باستخدام المفتاح الشفرى الجذرى.

تكون منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى مؤمنة متى استوفت مايأتى:

١- الطابع المتفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى.
٢- سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى.
٣- عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لبيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى.
٤- حماية التوقيع الإلكترونى من التزوير، أو التقليد، أو التحريف، أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب، أو من إمكان إنشائه من غير الموقع.
٥- عدم إحداث أى إتلاف بمحتوى أو مضمون المحرر الإلكترونى المراد توقيعه.
٦- ألا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علماً تاماً بمضمون المحرر الإلكترونى قبل توقيعه له.

يجب أن تتضمن منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى المؤمنة الضوابط الفنية والتقنية اللازمة، وعلى الأخص مايلى:

---

(١) م ٩/١ : ١٢ من اللائحة.

١- أن تكون المنظومة مستندة إلى تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص وإلى المفتاح الشفرى الجذرى الخاص بالجهة المرخص لها والذى تصدره لها الهيئة، وذلك كله وفقاً للمعايير الفينة والتقنية المشار إليها فى الفقرة (أ) من الملحق الفنى والتقنى لهذه اللائحة.

٢- أن تكون التقنية المستخدمة فى إنشاء مفاتيح الشفرة الجذرية لجهات التصديق الإلكترونى من التى تستعمل مفاتيح تشغيل بأطوال لا تقل عن ٢٠٤٨ حرف إلكترونى (bit).

٣- أن تكون أجهزة التأمين الإلكترونى (Hardward Security Modules) المستخدمة طبقا للضوابط الفنية والتقنية المشار إليها فى الفقرة (ب) من الملحق الفنى والتقنى للائحة.

٤- أن يتم استخدام بطاقات ذكية غير قابلة للاستنساخ ومحمية بكود سرى، تحتوى على عناصر متفردة للموقع وهى بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى وشهادة التصديق الإلكترونى، ويتم تحديد مواصفات البطاقة الذكية وأنظمتها، وفقاً للمعايير الفنية والتقنية المبينة فى الفقرة (ج) من الملحق الفنى والتقنى للائحة.

٥- أن تضمن المنظومة لجميع أطراف التعامل إتاحة البيانات الخاصة بالتحقق من صحة التوقيع الإلكترونى، وارتباطه بالموقع دون غيره، وأن تضمن أيضاً عملية الإدراج الفورى والإتاحة اللحظية لقوائم الشهادات الموقوفة أو الملغاة وذلك فور التحقق من توافر أسباب تستدعى إيقاف الشهادة، على أن يتم هذا التحقق خلال فترة محددة ومعلومة للمستخدمين حسب القواعد والضوابط التى يضعها مجلس إدارة الهيئة.

لمجلس إدارة الهيئة أن يضم نظم وقواعد أخرى لمنظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى لمواكبة التطورات التقنية والتكنولوجية.[1]

(و) الضوابط الفنية لحجية الكتابة والمحررات الإلكترونية:

مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها فى القانون، تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية لمنشئها، إذا توافرت الضوابط الفنية والتقنية الآتية:

١- أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكترونى مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحررات ، أو لسيطرة المعنى بها.

٢- أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة فى إنشائها.

٣- فى حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشرى جزئى أو كلى، فإن حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات.[2]

(ى) التصديق الإلكترونى:

التصديق أو التوثيق الإلكترونى هو وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، حيث يتم نسبة إلى شخص أو كيان معين عبر جهة موثوق بها أو طرف محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التوثيق.

---

(١) م ١٨/١ ، م ٥ ، ٤ من اللائحة . D. Penneau, D. 2002, 2065.

(٢) م ٨ من اللائحة. Com. 20 Oct. 2000, Defrenois 2002, 1394, Ob. Raynouard.

الفصل السابع

القوة الملزمة للعقد

إذا انعقد العقد صحيحاً فإنه يلزم طرفيه، ويتعين على المتعاقدين الوفاء بالالتزامات التى يرتبها العقد، أى يلتزم كل متعاقد بتنفيذ العقد وفقاً لمضمونه، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. ومن ثم لايجوز تعديل العقد إلا فى بعض الحالات الاستثنائية أهمها نظرية الظروف الاستثنائية. ونعرض فى هذا الصدد، على التوالى لنفاذ العقد من جهة، ولتلك النظرية من جهة أخرى.

المبحث الأول

نفاذ العقد

(أ) العقد شريعة المتعاقدين:

من المقرر أن العقد هو الشريعة أو القانون الذى يحكم العلاقة بين المتعاقدين. فالعقد منذ تمامه، تصبح أحكامه القواعد المنظمة لعلاقة طرفيه بالنسبة لموضوعه، أى أن شروط هذا العقد تقوم مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه. ويتعين على العاقدين تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد. ويجب على القاضى أن يفرض على المتعاقدين احترام العقد.

ويستند مبدأ القوة الملزمة للعقد إلى عدة اعتبارات اقتصادية واجتماعية وأخلاقية ودينية. تقضى المصلحة العامة بوجوب تنفيذ واحترام العهود كى تسود الثقة، ويتطور الإئتمان، وتستقر المعاملات، ويزدهر النشاط الاقتصادى. ويحض الإسلام على وجوب الوفاء بالعهد. وتتوالى الآيات القرآنية فى هذا المقام. **{إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها}**، **{فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته}**، **{يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه}**. **{وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً}**، **{يا أيها الذين**

آمنوا أوفوا بالعقود}.[1] وقال الرسول الكريم: " إن خيار الناس أحسنهم قضاء".

(ب) تنفيذ العقد بحسن نية:

يجب على المتعاقدين تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية.[2] ولاشك أن حسن النية هو أساس التعامل، ويقتضى أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التى تقتضيتها الأمانة والنزاهة فى التعامل.

وتقدير حسن النية يستند إلى معيارين: أحدهما ذاتى أو شخصى قوامه نية المتعاقد، والآخر مادى يعتد بعرف التعامل. فتقدير سلوك المتعاقد لا يتم بالرجوع إلى نفسيته فقط، بل بما تفرضه طبيعة المعاملة وأصول وشرف التعامل.[3] فناقل البضاعة يجب أن يقوم بنقلها بأنسب الطرق وأقلها كلفة بالنسبة لأصحابها. ومورد التكنولوجيا يجب أن يبذل كل جهد فى سبيل توريد ماهو مستحدث وآمن ومناسب لبيئة المستورد. فإن كان سلوك المتعاقد لايتفق مع شرف التعامل ومايجرى عليه العمل فهو سلوك وتنفيذ يخالف حسن النية.

يسرى مبدأ حسن النية فى التنفيذ على كافة العقود. وينطوى هذا المبدأ على وجهين أحدهما سلبى والآخر إيجابى. فالمتعاقد ينبغى عليه عدم اتخاذ مسلك فى تنفيذ العقد، ينطوى على غش أو سوء نية، وينبغى عليه، من جهة أخرى، إبداء سلوك إيجابى من خلال التعاون فى التنفيذ، ويتمثل ذلك فى وجوب التنفيذ العينى للالتزام طالما كان ذلك ممكناً، ويجب أن يقوم المدين بتنفيذ الالتزام بنفسه إذا اقتضت طبيعته ذلك.

---

(١) انظر بالترتيب الآيات: ٣٨ (النساء)، ٢٨٣ (البقرة)، ٣٤ (الإسراء)، الآية الأولى من سورة المائدة.

(٢) م ١/١٤٨ مدنى. تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن نية، وحسن النية من مسائل الواقع التى تخضع لسلطان محكمة الموضوع. (نقض ١٩٧٧/٥/١٦ س ٢٨ ص ١٢١٤).

(٣) Jaluzot, la bonne foi dans les contrats, Etude comp. 2001, p. 359.

ولعل الالتزام بالضمان يعد من أهم تطبيقات تنفيذ العقد بحسن نية. فالبائع مثلاً، يلتزم بعدم التعرض للمشترى فى الشئ المبيع، ويلتزم كذلك بضمان العيوب الخفية، ويضمن صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، وضمان الأمان والسلامة.

يقتضى تنفيذ الالتزام بحسن نية Exécution de bonne foi توخى الأمانة وشرف التعامل والإخلاص[1]. فيجب على المدين أن يلتزم بذلك فى تنفيذ التزامه، ويمتنع عن أى غش أو تدليس فى هذا الصدد، فيجب على المقاول أن يختار الأسلوب الأنسب لعمل التركيبات حتى لايحمل العميل بأعباء أو نفقات كبيرة. ويجب على الدائن الامتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً أو مستحيلاً بالنسبة للمدين، كتعمد تحميله بمصروفات غير ضرورية أو نفقات مالية ضخمة لا تتناسب مع الفائدة المرجوة من العقد. مثال ذلك تراخى المشترى وتقاعسه عن استلام البضاعة بقصد تكبيد البائع مخاطر ونفقات تخزينها وصيانتها. ويتم تقدير تنفيذ الالتزام بالأمانة وفقاً لسلوك الرجل المعتاد على ضوء الظروف القائمة عند التنفيذ والهدف المقصود من العقد.

ويقتضى تنفيذ الالتزام بحسن نية واجب التعاون بين المتعاقدين بقصد تحقيق المصلحة المشتركة، فينبغى أن يبذل كل طرف مافى وسعه لتمكين الطرف الآخر من تنفيذ التزامه، ويقتضى ذلك واجب التبصير والإعلام بالظروف والوقائع ذات الأهمية فى تنفيذ العقد. مثال ذلك التزام مورد التكنولوجيا بأن يبين للمشترى طريقة الاستعمال ومخاطره، وكذلك الحال بالنسبة لشركات الأدوية. ويجب على المصدر تزويد المستورد بالمستندات اللازمة لإنهاء الإجراءات الجمركية عند وصول البضاعة والتعليمات الواجبة الإتباع للمحافظة عليها وتخزينها.

يتضح من ذلك أن حسن النية يقتضى التعاون والإخلاص فى تنفيذ الإلتزام. فالعقد مشاركة بين طرفين، شأنه فى ذلك شأن أى شركة، ينطوى على

---

(١) Devoir de Loyaté
Zimmerman, Good faith in Européan Contract law, 2002, p. 556.

تحقيق مصلحة مشتركة، تؤدى بالضرورة إلى إنجاز المصلحة الفردية لكل منهما[1]. ففى عقد العمل تبرز بوضوح فكرة الإخلاص والتعاون فى التنفيذ، حيث يلتزم العامل بالإخلاص والولاء لصاحب العمل من خلال المحافظة على الأسرار وتوفير النفقات وتحقيق الأرباح. وحرص صاحب العمل على سلامة عماله واحترام آدميتهم وتوفير الجو الملائم للعمل.

لاشك أن التعاون المنشود فى العقد يخفى فى حقيقته تعارض فى المصالح، بمعنى أن كل متعاقد يسعى للوصول إلى مصلحته الفردية، ويقتنص كل مناسبة لتحقيق مصلحته. لكن تعارض المصالح يكون مجاله الأساسى عند التفاوض على إبرام العقد. ويبرز هذا التعارض أحياناً عند التنفيذ. إلا أن التوصل إلى اتفاق بين الطرفين يفيد التفاهم بينهما. ويؤدى حسن النية فى التنفيذ إلى تحقيق مصلحة كل الأطراف. والتعاون هو أساس حسن التنفيذ المنشود لتحقيق ماتم الاتفاق عليه.

(جـ) تعديل العقد:

القاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون[2]. فالعقد هو قانون المتعاقدين فى حدود المضمون المبين به. ويلتزم كل طرف بتنفيذ ماورد فيه، ولايستطيع التحلل منه بإرادته المنفردة إلا فى الحدود التى يسمح بها القانون. ولايملك القاضى التغيير أو التعديل فى العقد بحجة أن ذلك تقتضيه العدالة.[3]

---

(١) Buchler, les clauses de confidentialité dans les contrats internationeaux, R.D.A.I. 2002, p. 359.

(٢) تنص المادة ١٤٧ مدنى على: ١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون.

(٣) ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. (الطعن ٤٩٠١ س ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٥/٤/٦).

ولكن هذه القاعدة ترد عليها عدة استثناءات حيث يجوز تعديل العقد بإرادة المتعاقدين، والمشرع، والقاضى.

أولاً: تعديل العقد بإرادة المتعاقدين: ينشأ العقد باتفاق الأطراف ومن ثم فالإرادة التى أوجدت العقد هى التى تملك تعديله. فالمتعاقدان اللذان أبرما العقد بإرادتهما يستطيعان باتفاقهما أن ينقضا العقد أو يعدلا فيه. وتعديل العقد قد يتم باتفاق لاحق لقيام العقد بقصد إعادة التوازن إليه بعد تغير الظروف، وفى هذه الحالة يكون هذا الاتفاق بمثابة عقد جديد يلتزم به الطرفان.(١) وقد يتفق الطرفان عند إبرام العقد على تخويل أحد المتعاقدين سلطة تعديل العقد، هنا يتم التعديل استجابة لما تم الاتفاق عليه مسبقاً. وقد يتم الاتفاق فى العقد على ضرورة فتح باب التفاوض لتعديل العقد بعد مرور فترة زمنية محددة أو عند تغير ظروف معينة، هنا نكون بصدد اتفاق مسبق على التفاوض وليس اتفاقاً على التعديل.(٢)

ثانياً: تعديل العقد بإرادة أحد المتعاقدين: يجيز القانون، على سبيل الاستثناء، لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد أو إجراء تعديل فى أحكامه، رغم إرادة الطرف الآخر. فيجوز إنهاء العقد والتحلل من قوته الملزمة بالإرادة المنفردة.

(١) الأصل ألا ينفرد أحد المعاقدين بتعديل العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، الاتفاق على تعديل العقد. جواز أن يكون صريحاً أو ضمنياً. القضاء بانتفاء التعديل الضمنى. شرطه. أن تبين محكمة الموضوع بأسباب سائغة الوقائع والظروف الكاشفة عن إرادتى طرفى العقد فى هذا الصدد وأن تستظهر مدلول المحررات المتنازل عليها فى ضوء الظروف والاتفاقات التى أحاطت بتحريرها. مثال بشأن عقد مقاولة. (الطعن رقم ٨١٠٠١ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٩٦/٢/١٣).

(٢) ويجرى العمل على النص فى العقود الدولية على ذلك تحت شرط عدم جواز تعديل العقد إلا باتفاق كتابى بين الطرفين:

Clauses "NoM" (Nor real modification ou clauses de non madification orale- Clauses de non- renonciation.

Behar-Touchais, L'interdication de se contredire au détriment d'autrui, 2000, p. 230.

مثال ذلك عقد الوديعة، وعقد الوكالة، حيث يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها، كما يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة فى أى وقت. وفى العقود الزمنية بصفة عامة إذا لم يتفق الطرفان على أجل معين ينتهى العقد عند حلوله، يجوز لكل منهما أن ينهيه بإرادته، وينطبق هذا الحكم على عقد الإيجار وعقد الشركة وعقد العمل، حيث يجوز لصاحب العمل تعديل عقد العمل بإرادته المنفردة شريطة ألا يكون التعديل جوهرياً، وله تعديل العمل بسبب القوة القاهرة أو حالة الضرورة، وله تعديل العقد بنقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة.[1]

ويُجيز المشرع، أحياناً، لواحد فقط من المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد بإرادته المنفردة بشرط الحصول على ترخيص من القضاء، كما هو الحال فى عقد الهبة حيث يجوز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى الهبة، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع.[2]

ثالثاً: تعديل العقد بواسطة المشرع: يتدخل المشرع، أحياناً، بنص قانونى آمر يتعلق بالمصلحة العامة لتعديل بعض العقود القائمة، كالنص على تعديل موعد استحقاق بعض الالتزامات، ويحدث ذلك عادة فى أوقات الأزمات الاقتصادية. وقد يتدخل المشرع لاعتبارات إنسانية أو اجتماعية لتعديل بعض العقود، كنصوص قانون العمل التى تقرر منح العامل علاوة غلاء معيشة أو رفع الحد الأدنى للأجور أو تقرير عطلة معينة.

رابعاً: تعديل العقد بواسطة القاضى: يخول المشرع القاضى سلطة تعديل العقد، فى بعض الحالات الاستثنائية، وذلك لاعتبارات تتعلق بالعدالة، مثال ذلك منح المدين نظرة الميسرة حيث يجوز للقاضى منح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام إذا وجدت ثمة ظروف تبرره. ويجوز للقاضى تخفيض قيمة الشرط

(١) انظر مؤلفنا فى قانون العمل، الاسكندرية ١٩٩٨.
(٢) م ٥٠٠ : ٥٠٣ مدنى.

الجزائى إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. ويجوز للقاضى إنقاص الأجر المتفق عليه للوكيل، مالم يكن قد دفع من الموكل طوعا بعد تنفيذ الوكالة. (١)

ولعل أبرز مثالين لسلطة القاضى فى تعديل العقد هما: عقد الإذعان، ونظرية الظروف الطارئة، حيث يجوز له تعديل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان وفقا لما تقضى به قواعد العدالة، وله أن يعفى من هذه الشروط. (٢) وللقاضى أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فى حالة الحوادث الطارئة. كما سنرى حالا.

(د) تجديد العقد:

يجوز أن يتفق المتعاقدان، عند إنتهاء العقد، على تجديده، ولعل المجال البارز لذلك هو العقود الزمنية أو عقود المدة التى يلعب الزمن فيها دورا حيويا فى تحديد مضمونها، مثل عقد العمل وعقد المقاولة والتوريد.

والاتفاق على التجديد يتم، كقاعدة عامة، بصورة صريحة، حيث يتم العمل بالاتفاق المبرم بين الطرفين. وقد يستشف الاتفاق على التجديد من ظروف الحال، وهذا ما يعبر عنه بالتجديد الضمنى.

ولعل أهم تطبيقات التجديد الضمنى تتمثل فى أنه إذا انتهت مدة العقد محدد المدة واستمر الطرفان فى تنفيذه فإن العقد يتجدد. مثال ذلك إستمرار العامل فى أداء العمل بعد انقضاء مدة العقد دون اعتراض صاحب العمل رغم علمه بذلك، وكذلك الحال فى حالة استمرار الشركة فى التنقيب بعد إنقضاء مدة العقد دون إعتراض الدولة. (٣)

---

(١) انظر المواد ٣٤٦، ٢٢٤، ٧٠٩ مدنى.

(٢) انظر ماسبق ص ١٦٣٠

(٣) إن ثبوت تجديد العقد تجديدا ضمنيا برضاء الطرفين هو من المسائل الموضوعية التى يترك الفصل فيها لقاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك مادام أقام قضاءه على دليل مقبول مستمد من وقائع الدعوى وأوراقها. (الطعن رقم ١١٥٩ سنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨١/٣/٢١ س ٣٢ ص ٨٩٩).

وتثور الصعوبة فى حالة إتفاق الأطراف، فى العقد المحدد المدة، على أن العقد يتجدد تلقائيا بنفس الشروط لمدة تالية، ولا ينتهى من تلقاء نفسه، بل يلزم لإنهائه أن يخطر الراغب فى ذلك الطرف الآخر برغبته فى الإنهاء، فإذا تم الإخطار على هذا النحو انتهى العقد بإنقضاء مدته ولايتجدد حتى ولو استمر المتعاقد فى التنفيذ بعد ذلك، مالم يثبت بصورة قطعية ما يفيد عدول الطرف الذى أخطر بالإنتهاء عن رغبته وتلاقى إرادتيهما بشكل مؤكد على التجديد، أما إذا لم يعلن أى من الطرفين عن رغبته فى إنهاء العقد فإنه يتجدد ولمدة أخرى مماثلة.

المبحث الثانى

نظرية الظروف الطارئة

(أ) مفهوم النظرية بوجه عام:

إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعا للظروف، ومع الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.[(١)]

يقوم المتعاقدان بتحديد الحقوق والالتزامات موضوع التعاقد على ضوء الظروف والمعطيات القائمة والمتوقعة عند إبرام العقد، ومن ثم يتم تنظيم العلاقة التعاقدية بصورة تحقق التوازن الاقتصادى بين الطرفين. ويقتضى مبدأ القوة الملزمة للعقد تنفيذه بدقة وفقا لما تم الاتفاق عليه، ولايجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين.

هناك بعض العقود التى يمتد تنفيذها فترة زمنية طويلة مثل عقد التوريد وعقود المدة، مما قد يعرض أطرافها لبعض المخاطر فى التنفيذ، فقد تحدث ظروف استثنائية Bouleversement des circonstances غير متوقعة تؤدى إلى

(١) م ١٤٧ مدنى.

إنهيار التوازن الاقتصادى فى العقد، كقيام حرب ترتب انخفاض قيمة العملة وارتفاع الأسعار، هنا يصبح تنفيذ الالتزام أمرا مرهقا للمدين ويتعارض مع العدالة من جهة، ونية المتعاقدين الذين لو كانوا قد توقعوا تلك التغييرات ماتم ابراء العقد.

لذلك خول القانون القاضى سلطة تعديل العقد عند تحقق الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادى إلى العلاقة بين المتعاقدين، على نحو يحقق العدالة من جهة، ويساعد على استمرار العقد وتنفيذه من جهة أخرى حيث سيتمكن المدين المرهق من تنفيذ التزامه. فتعديل العقد يبقى عليه مما يحقق للطرفين الغاية المنشودة منه. والتعديل لايعنى إعفاء المدين من التزامه، بل يتمثل فى رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

(ب) مفهوم النظرية فى العقود الدولية:

تحتل هذه النظرية مكانة بالغة فى **العقود الدولية**، حيث يحرص الأطراف على النص عليها كشرط فى تلك العقود يأخذ مسميات عديدة لعل أشهرها فى الفقه الإنجليزى Clause de hardship والأمريكى Gross indequity clause، والفرنسى "La theorie de l'"imprévision.

ومؤدى هذا الشرط التزام الأطراف بإعادة التفاوض Renégociation حول العقد لمواجهة الظروف الطارئة التى أثرت على التوازن العقدى L'équilibre Contractuelle، بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المناسب لرفع الضرر الجسيم عن الطرف الذى تأثر بتلك الظروف.

وقد عبرت المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التى أقرها معهد Unidroit عام ١٩٩٤ عن ذلك بقولها: يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات، ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير وأن يكون مسببا.[١]

(١) M. Prado, la théorie du hardship dans les principres de l'unidroit relatifs aux contrats de commerce international, Dir. Comm. Intern. 1997, p. 371.

توجد تلك النظرية فى كافة النظم القانونيـة المعـاصرة، ولكنـها تتفـاوت من حيث المضمون.

ففى القانونين الفرنسى والبلجيكى تواجه فرض تغير الظروف المـؤدى إلـى اختـلال تـوازن الآدات العقديـة Désequilibre de prestations . ويتحفـظ القضاء فى التدخل لتعديل العقد لإعادة توازنه إلا فى بعض الحالات الاسـتثنائية فى القانون الإدارى.

بينما يتمتع القضاء فى كثير من الدول بسلطة واسعة فى إنـهاء العقد أو إعـادة توازنـه مـن جديـد عـن إنقـلاب الظـروف Bouleversement des Circonstances ، وذلـك مثـل اليونـان وإيطاليـا وهولنـدا وروسـيا، وشـهدت النظرية تطورا ملحوظا ومرونة أكثر فـى كـل مـن ألمانيـا وسويسرا وانجلترا على يد القضاء، وكذلك الحال فى القانون الأمريكى فى مجال التجـارة الدوليـة، حيث بدت مرونة أكثر بالنسبة لمفهوم الظروف الطارئ، فلـم يعد يشـترط قلـب التوازن العقدى بل مجرد الإخلال أو عدم التـوازن، بـل يكفـى تغـير الظـروف علـى نحـو يصبـح العقـد غـير ملائـم لأحـد الأطـراف، أو لايتفـق مـع معطيـات المنافسة أو التكنولوجيا المعاصرة. (١)

(جـ) مجال تطبيق النظرية:

(١) تطبق النظرية إذا طرأت الظروف الاستثنائية فى الفترة بين انعقاد العقد وتنفيذه. أما إذا كانت هـذه الظـروف موجـودة قبـل إبـرام العقـد، فـلا تؤثـر عليه، ولو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما لايعرف بوجودها، كل ذلك مالم تتوافر فى هذه الحالة شروط الطعن فى العقد لعيب الغلط. ولا تطبـق النظريـة إذا كـان العقد قد تم تنفيذه. فإذا طرأت الظروف بعد تنفيذ الالتزام العقدى، فإنـها لاتخـول القاضى سلطة تعديل هذا الالتزام.

---

(١) K. Zwelgert et Kotz, An introduction to compartive law, 1998, p. 535.
وتتضمن العقود الدولية شروطا تبين المقصود بالقوة القاهرة وتأثيرها:
Clauses de force majeure.

(٢) إن المجال الخصب لتطبيق هذه النظرية هو العقود الزمنية أو المستمرة أى عقود المدة التى تقتضى طبيعتها ذاتها أن يأتى تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة تتوالى على مر الأيام. كعقد الإيجار وعقد العمل والعقود الدورية التنفيذ كعقد التوريد، ونقل التكنولوجيا.

(٣) تطبق النظرية كذلك على العقود الفورية التى يُتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض الالتزامات، فقد تكون الالتزامات الناشئة عن العقد الفورى مضافة إلى أجل أو معلقة على شرط، كالبيع الذى يتفق فيه على تأجيل دفع الثمن (البيع بالتقسيط مثلا) أو تسليم المبيع. فتطبق النظرية إذن على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يجاوز الحد المعقول، يستوى فى ذلك العقود الزمنية والعقود الفورية، وذلك لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين وهى إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة مابين إبرامه وتنفيذه نتيجة الظروف الاستثنائية. [١]

(٤) يكفى أن يكون التزام أحد المتعاقدين متراخى التنفيذ إلى مابعد الحادث الطارئ، ولا يشترط أن يكون الالتزام المقابل له بدوره متراخى التنفيذ. [٢] ففى عقد البيع قد يتم دفع الثمن فوراً، ويتم تأجيل تسليم المبيع، هنا تطبق النظرية إذا طرأ حادث استثنائى يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للبائع.

وتطبق النظرية كذلك فى حالة تأجيل التنفيذ بحكم القضاء (نظرة الميسرة)، فقد يمنح القاضى المدين أجلا لتفنيذ التزامه، فيقع الطرف الطارئ قبل حلول هذا الأجل القضائى.

(٥) ولا تطبق النظرية إذا تراخى تنفيذ العقد بسبب خطأ المدين، إذ لايجوز للمدين الاستفادة من تقصيره. [٣] فإذا حل أجل الوفاء بالالتزام، وأعذر الدائن مدينه بوجوب الوفاء، ولكن المدين تقاعس عن الوفاء، ثم طرأ ظرف

---

(١) نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ ص ١١٧.
(٢) نقض ١٩٦٣/١/٣ س ١٤ ص ٣٧.
(٣) نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ س ١٥ ص ٤٠٩.

جعل التنفيذ مرهقا، فلا يجوز للمدين الاستناد إلى هذا الظرف ليطلب تعديل التزامه. وإذا كان أجل الالتزام قد حل، ولكن الدائن لم يعذر المدين بوجوب الوفاء، فإنه لايعتبر مقصراً، فقد يفسر سكوت الدائن عن المطالبة بالوفاء على محمل التسامح.

(٦) ولا تطبق النظرية على العقود الاحتمالية التى تحتمل بطبيعتها الكسب أو الخسارة الجسيمة وتقوم على المخاطرة، فليس للمتعاقد الذى يصاب بخسارة من جراء تنفيذ هذا العقد طلب تعديله استنادا إلى نظرية الظروف الاستثنائية، لأن عليه أن يتوقع وقت إبرام العقد كافة الاحتمالات.[١]

(د) أوصاف الظرف الطارئ:

يشترط لتطبيق النظرية أن يطرأ حادث عام إستثنائى غير متوقع:

١- يجب أن يكون الحادث الطارئ عاماً غير قاصر على المدين، وإنما يصيب المدين وغيره من الناس، كالحروب والزلازل. ولا يلزم أن يشمل جميع الناس، بل يكفى أن يمس طائفة منهم، أى يصيب الأفراد الذين ينتمون إلى طائفة أو إقليم أو مدينة أو حى من الأحياء، كما هو الشأن إذا أصاب الزلزال مدينة واحدة من الدولة.

يكون الحادث عاماً إذا كان أثره لا يقتصر على مدين أو مدينين معينين بالذات، بل يشمل طائفة معينة من الناس. وعلى ذلك فإصابة المدين بمرض أو عجز لا يعتبر ظرفاً عاماً إلا إذا كان ناجماً عن وباء اجتاح البلد. وانهدام منزل المدين لا يعتبر بذاته حادثاً عاماً، ولكن يعتبر كذلك إذا وقع نتيجة حرب أو زلزال أو فيضان أصاب المدين وغيره من الأفراد. وعلى هذا فإن كان الحادث خاصاً بالمدين أيا كانت فداحته كالموت أو الإفلاس فلا يسوغ إعمال نظرية الظروف الطارئة، بل يجب أن يصيب الحادث المدين من خلال طائفة من الناس.

(١) Prado, le hardship dans le droit du commerce international, thése. 2001, p.425.

٢- يجب أن يكون الحادث إستثنائيا غير عادى يخالف المعتاد من الأمور ويندر حصوله، بحيث يبدو شاذا بحسب المألوف من شؤون الحياة، فلا يعول عليه الرجل العادى ولا يدخل فى حسبانه. فالزلزال مثلا يعد حادثاً استثنائياً إذا وقع فى منطقة لا تتعرض له عادة. بينما لايعتبر كذلك إذا وقع فى منطقة اعتادت على التعرض له.

ولا يشترط أن يكون مجرد وقوع الحادث غير مألوف، بل يكفى أن تكون الجسامة التى وقع بها غير مألوفة. فإصابة المحصول بالدودة حادث مألوف، ولكن قد يبلغ من الجسامة حداً غير مألوف وينطبق عليه وصف الحادث الاستثنائى. فالحادث الطارئ يكون استثنائياً بمجرده وذلك لندرة وقوعه، وقد يكثر وقوعه فلا يكون إستثنائيا بحيث يؤدى إلى انطباق النظرية إلا إذا بلغ حداً يجاوز المألوف كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير متوقعة للجراد أو إنتشار وباء.

٣- تتمثل الصورة الغالبة للحادث الاستثنائى فى نوازل الطبيعة والوقائع المادية كالحروب والزلازل والحرائق والسيول والأعاصير وغارات الجراد والتهام المحصول بالآفات غير المألوفة. وينطبق وصف الحادث كذلك على التقلبات الاقتصادية الجسيمة، كالارتفاع أو الانخفاض الحاد أو المفاجئ فى الأسعار.

وقد يتمثل الحادث الاستثنائى فى صدور تشريع مفاجئ غير متوقع، كفرض التسعيرة الجبرية ورفعها، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن التشريع قد يعتبر حادثاً استثنائياً عاماً لأن النص أطلق التعبير عن الحادث ولم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة قانونية.

٤- يجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد. ومعيار التوقع ليس معياراً شخصياً، بل هو معيار موضوعى هو معيار الرجل المعتاد. فيجب ألا يكون فى مقدور الشخص العاى أن يتوقع حصول الحادث لو وجد فى نفس ظروف المدين وقت التعاقد. لهذا لا يجوز للمتعاقد أن يطالب

بتعديل العقد بسبب حادث لم يكن يتوقعه وقت إبرام العقد ما دام كان بوسع الرجل العادى أن يتوقع حدوثه.

فلا يلزم لاعتبار الحادث متوقعاً أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور، بل يكفى لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى إحتمال حصوله، كما لا يشترط أن يكون المدين على علم بهذه الظروف إذا كانت لاتخفى على شخص يقظ ومتبصر، لأن عدم إمكان التوقع ينبغى أن يكون مطلقا لا نسبياً إذ المعيار فى هذه الحالة موضوعى لا ذاتى.[1]

وتقدير كون الحادث متوقعاً أو غير متوقع مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع بدون معقب عليه من محكمة النقض، مادام قد أسس حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله.

فالحرب، مثلا، قد تعتبر أو لا تعتبر حادث طارئ، فإذا تم إبرام العقد فى ظروف تنذر فيها الحالة الدولية بنشوب حرب، بحيث يستطيع الشخص العادى أن يتوقع قيامها، فإن النظرية لاتنطبق حتى ولو كان المدين نفسه لم يتوقع نشوبها.[2] وإذا كانت الحرب متوقعة إلا أنها قد تعتبر ظرفاً طارئاً إذا ترتب عليها نتائج غير متوقعة.

٥- يجب ألا يكون الحادث مما لايمكن دفعه أو تفاديه. فينبغى ألا يكون فى استطاعة المدين أن يدفع هذا الحادث عن نفسه، فلا تطبق النظرية عند وقوع حادث استثنائى كان من الممكن تفاديه أو درء النتائج المترتبة عليه، ببذل الجهد المعقول. فالمدين هنا يكون مقصراً، ولا يستطيع أن يحمل دائنه نتائج

---

(١) قوام نظرية الظروف الطارئة فى معنى المادة ١٤٧ من القانون المدنى وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة هو أن يكون الحادث استثنائيا وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد. والمعيار فى توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون فى مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد فى ذات الظروف عند التعاقد، دون ما إعتداد بما وقر فى ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه. (الطعن رقم ١٢٩٧ سنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٩٠/١١/٢٩ س ٤١ ص ٨٣٣).

(٢) نقض ١٩٧٨/١/١١ س ٢٩ ص ١٥٢ الذى قضى بانتفاء عنصر المفاجأة عن حرب ١٩٦٧.

تقصيره. فلو حدث فيضان غير عادى وكان فى وسع المدين تفاديه ببذل جهد معقول، إلا أنه لم يفعل، فلا يحق له أن يستفيد من هذه النظرية.

ومعيار تحديد كون الحادث ممكن تفاديه أو دفعه هو معيار موضوعى قوامه الرجل المعتاد، وليس معياراً ذاتياً قوامه المدين نفسه، وتلك مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع

(هـ) **تأثير الحادث على المدين**:

تطبق نظرية الظروف الطارئة إذا ترتب على الحادث الطارئ أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلا، يصير مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. يتضح من ذلك أمران:

أولاً: يجب ألا يكون من شأن الحادث أن يؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام، لأن هذا يجعله من قبيل القوة القاهرة Force majeure ويؤدى إلى إنقضاء الالتزام، وبالتالى لايكون هناك محل لتعديل العقد.

ثانياً: يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين على نحو يهدده بخسارة فادحة، ولايكفى أن يصاب المدين بخسارة عادية لأن ذلك أمر مألوف فى التعامل. فالخسارة المألوفة لاتكفى لأعمال النظرية. ولايكفى أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلاً، بحيث يرتب للمدين الضيق العادى، بل ينبغى أن يكون من شأن الحدث أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق والعنت للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة. [1]

وتقدير مدى ما يرتبه الحادث الطارئ من إرهاق للمدين مسألة موضوعية، يستقل بها قاضى الموضوع، دون معقب عليه من محكمة النقض، طالما استند فى حكمه إلى أسباب سائغة.

ومعيار تقدير فداحة الخسارة التى تترتب على تنفيذ الالتزام، على أثر قيام الظرف الطارئ هو معيار موضوعى ينظر فيه إلى الصفقة محل التعاقد ذاتها، وعما إذا كانت الخسارة التى تترتب عليها تعد فادحة بالنسبة للمتعاقد

(١) نقض ١٢/١٢/١٩٦٨ س ١٩ ص ١٥٢١.

العادى. فعند تقرير الإرهاق ينبغى النظر إلى اقتصاديات العقد محل النزاع، أى أثر الحادث على اختلال التوازن الاقتصادى بين الالتزامات المترتبة على كل من طرفيه. [1]

ولا ينبغى النظر إلى ظروف المدين الشخصية، كما لو كان بالغ الثراء على نحو لا يتأثر بالخسارة الناجمة عن تنفيذ الالتزام، فإذا كان من شأن الحادث جعل الالتزام مرهقا للمدين العادى بحيث يهدده بخسارة جسيمة، فإنه يكون للمتعاقد المدين طلب تعديل العقد، حتى لو كانت ظروفه الشخصية كثروته وإمكانياته الكبيرة تخفف من أثر الحادث الطارئ عليه بحيث لايكون الالتزام مرهقا بالنسبة له. [2]

وتطبيقا لذلك قضى بأنه إذا كان المتعاقد الذى يطلب التعديل قد استفاد من ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة محل البحث فإن هذه الظروف لا يعتد بها، كما لو كان هذا المتعاقد قد تعاقد على توريد بضاعة معينة ثم ارتفعت أسعارها نتيجة لظروف طارئة، ولكن هذا المتعاقد كان يحتفظ بكميات كبيرة من البضاعة المتعاقد عليها فى مخازنه. وعلى العكس من ذلك لا يجوز تطبيق النظرية إذا كانت الخسارة الناجمة عن الحادث الطارئ غير جسيمة بالنسبة للشخص العادى، حتى لو كانت تعد فادحة بالنسبة للمتعاقد المدين فى العقد بسبب ظروفه الخاصة كفقرة مثلا.

(و) تعديل القاضى للعقد بسبب الظرف الطارئ:

١- إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة السابق بيانها، كان للمتعاقد المرهق أن يطلب من القضاء تعديل العقد. فلا يجوز للمدين إجراء التعديل بإرادته المنفردة. وليس للقاضى القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه. فيجب على المدين التمسك بتطبيق النظرية. وليس للقاضى أن يطبقها من تلقاء نفسه. ويجوز للمدين أن يتمسك بالنظرية فى أية حالة تكون عليها الدعوى أمام

(١) Des Conséquences des circonstances sur l'économie du contrat.

(٢) Draetta, les clauses de force majeure et de hardship dans les contrats internationaux, R.D.A.I. 2002, p. 351.

محكمة الموضوع، فيستطيع أن يتمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

٢- يقوم القاضى برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذى يراه متفقا مع العدالة وحسن النية، وذلك بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين. وللقاضى حرية اختيار الطريقة التى بها يحد من إرهاق المدين فى تنفيذ التزامه. ويقوم القاضى بذلك من خلال ثلاث طرق:

أولا: فقد يقوم القاضى بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، كزيادة السعر أو الثمن بالقدر اللازم لرفع الإرهاق.

ثانيا: وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المرهق، فيجوز للقاضى أن ينقص الكمية التى يلتزم المدين بتوريدها، وذلك بالقدر الذى يجعل الالتزام فى الحدود المعقولة. ويجوز إنقاص القسط المتبقى من الثمن فى عقد البيع المؤجل فيه الثمن.

ثالثا: وقد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد، أى تأجيل التنفيذ حتى يزول أثر الحادث الطارئ، وتتوارى صعوباته، بشرط ألا يترتب على هذا التأجيل فوات الغرض من الصفقة، وألا يلحق الدائن ضرر كبير من جراء هذا الوقف المؤقت. كتعهد شركة باستيراد بضاعة معينة ثم تحدث ظروف تمنع الاستيراد لمدة معينة، هنا يجوز للقاضى تأجيل موعد التسليم.

٣- والقاضى عندما يعدل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، لا يرفع كل خسارة على عاتق المدين، بل يقوم بالحد من هذه الخسارة إلى القدر المألوف، ويتولى تقسيم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، سواء مناصفة، أو بالنسبة التى يراها ملائمة مع مصلحة الطرفين واعتبارات العدالة. [1]

٤- تقتصر سلطة القاضى على تعديل العقد على النحو السابق، وليس له الحكم بفسخة بناء على طلب المدين، لأنه لايجوز للقاضى أن يرفع كل

---

(١) نقض ١٩٧٧/٣/١ س ٢٨ ص ٦٠٠.

الخسارة عن المدين ويلقى بها على عاتق الدائن وحده. وليس هنا ما يمنع من أن يطلب الدائن الحكم بالفسخ دون تعويض إذا لم يشأ قبول تعديل العقد، خاصة وأن المدين، فى هذه الحالة، سيفضل إنهاء العقد للتخلص من الإرهاق فى التنفيذ.

٥- أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة أمر يتعلق بالنظام العام. ومن ثم لا يجوز الاتفاق فى العقد على استبعاد تطبيقها. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. وقد أراد المشرع بهذا تحقيق التوازن الاقتصادى والعدالة الاجتماعية فى العقود.[١]

(١) Le Gac-Pech, la proportionnalité en droit privé des Contrats, 2000, p. 432.

الباب الثالث

الالتزامات الرئيسية فى العقود الدولية

إن العقود الدولية ترتب إلتزامات متبادلة على عاتق الأطراف، والالتزام، كقاعدة عامة، قد يتمثل فى إعطاء (نقل حق أو إنشائه)، أو عمل أو امتناع عن عمل. وينقسم الالتزام بعمل من حيث الهدف إلى التزام ببذل عناية، والتزام بتحقيق نتيجة.

ونعرض فى هذا المقام لأهم الالتزامات التى تتولد عن العقود الدولية بصفة عامة، مثل نقل الملكية، التسليم والتسلم، الضمان، التزامات عقود نقل التكنولوجيا، الدفع وضماناته.

الفصل الأول

نقل الملكية

(أ) **القواعد العامة**:

يرتب عقد البيع الدولي التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى، حيث يلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى، وأن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً.

وتختلف طريقة نقل الملكية بحسب ما إذا كان المبيع منقولاً، أو عقاراً. ونادراً ما يرد العقد الدولي على عقار، وعلى أية حال فإن نقل ملكيته يتم وفقاً لقانون بلد الموقع، وغالباً ما يقتضى الأمر إجراءات التسجيل.

وتتوقف طريقة نقل ملكية المنقول إلى المشترى بحسب ما إذا كان المبيع معيناً بنوعه أم بذاته. تنتقل ملكية المنقول المعين بذاته بمجرد إبرام عقد البيع، أما المنقول المعين بنوعه[1] فيلزم إلى جانب ذلك الإفراز أى تمييز الشئ وتحديد ذاتيته عن طريق الوزن أو الكيل أو العد أو التجنيب أو القياس إلى غير ذلك من الطرق التى تفصل المبيع عن الأشياء الأخرى. يظل المشترى مجرد صاحب حق شخصى بعد إبرام العقد وليس مالكاً، ولا يصير كذلك إلا بعد إفراز المبيع ولو لم يحصل التسليم، والأصل أن يتم الإفراز عند التسليم فى حضور المشترى ما لم يتفق على خلاف ذلك.

(ب) **تأجيل نقل الملكية**:

إن وجود المبيع ضرورى لانتقال الملكية، فإذا كان الشئ المبيع مستقبلا غير موجود وقت التعاقد، فإن ملكيته لا تنتقل إلى المشترى منذ لحظة وجوده، فبيع المحصول لا يؤدى إلى نقل ملكيته إلا بتمام نضجه، وتنتقل ملكية

---

(١) Chose de genre
Tuc. Commentaire du code civile, T. 7. 2005, p. 185.

الشئ المبيع تحت التصنيـع أو الإنشـاء منـذ لحظـة صلاحيتـه للتسـليم بعـد تمـام العقد.

والبيع مع خيار التعيين يكون فيه التزام البـائع تخييريـاً، ولا تنتقل فيـه الملكية قبل حصول الخيـار وتعييـن المبيـع، وبتمـام الخيـار تنتقـل الملكيـة بـأثر رجعى أى من وقت إبرام عقد البيع.

ويجوز للبائع والمشترى الاتفاق فـى عقد بيـع المنقـول المعيـن بـالذات على تأخير نقل الملكية إلى وقت لاحق علـى العقد أو تعليـق ذلـك علـى شـرط، ولعل الصورة الأكثر حدوثاً فـى العمـل هـى تعليـق إنتقـال الملكيـة علـى الوفـاء بكامل الثمن خاصة إذا كان مقسطاً، وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشـركات التـى تبيع سلعها بالتقسيط، فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يسـتوفى الثمـن أبلـغ فـى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكيـة قد إنتقلت إلـى المشـترى. ويجـوز الاتفاق على إحتفاظ البائع بجزء من الثمن المقسط كتعويض عن فسخ البيع عن عدم الوفاء بجميع الأقساط[1].

(جـ) قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وأثرها:

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بمجرد التعاقد، ولا يشـترط التسـليم، ولكن من المقرر أن الحيازة فى المنقول سند الملكية، فمـن حـاز بسـبب صحيـح منقولاً أو حقاً عينياً أو سنداً لحامله، فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته. والأصل فى الشخص حسن النية ما لم يثبت العكس.

فإذا باع شخص منقولاً معيناً بذاته ولم يسـلمه إلـى المشـترى، ثـم باعـه مرة ثانية وسلمه بالفعل إلى المشترى الثـانى، فإنـه يفضـل إسـتناداً إلـى حيازتـه للمبيع كسبب لكسب الملكية بشـرط أن يكـون حسـن النيـة أى عـدم العلـم بـالبيع الأول، ولا يستطيع الاستناد إلى الشراء كسبب لكسب الملكية لأنـها إنتقلـت إلـى المشترى الأول بمجرد العقد ولا يرتب البيع الثانى نقل الملكية لأنـه صـادر من

---

(١) أنظر مؤلفنا فى شرط الاحتفاظ بالملكية، الاسكندرية ٢٠٠٦.

غير مالك، أى أن الملكية تنتقل إلى المشترى الثانى لا من البائع فهو غير مالك، بل من المشترى الأول الذى أصبح مالكاً بمجرد العقد[1].

(د) انتقال ملكية الأشياء المصدرة:

يقضى قانون التجارة بأن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك[2].

يضع النص قاعدة مكملة تطبق على البيوع التجارية، مؤداها أن الإفراز يتم مع التسليم ويترتب على ذلك انتقال الملكية وتبعة الهلاك بالتبعية، أى أن كل ما سبق يتم فى نفس الوقت، والمرجع فى ذلك هو إتفاق الأطراف. فإذا تم التسليم قبل التصدير، فإن المشترى يصبح مالكاً للبضائع المصدرة منذ تصديرها ويتحمل تبعة هلاكها فى الطريق. وإذا تم التسليم فى ميناء الوصول فإن تبعة الهلاك تكون على البائع.

ويسمى البيع فى الحالة الأولى "سيف CIF" حيث يتم تسليم البضاعة عند الشحن وتنتقل ملكيتها إلى المشترى بوضعها على ظهر السفينة بحيث تصبح مخاطر الطريق على عاتقه، ويلتزم البائع تبعاً لذلك بشحن البضاعة وإبرام عقد نقلها ودفع نفقات النقل وإبرام عقد التأمين لصالح المشترى ولحسابه وفقاً للشروط المعتادة وإرسال المستندات إلى المشترى[3].

وهناك نوع آخر هو البيع "فوب" يشترك مع الأول فى أن التسليم يتم فى ميناء القيام عند الشحن على ظهر السفينة وتنتقل ملكية البضاعة إلى المشترى منذ ذلك الوقت ويتحمل وحده مخاطر الطريق، ويكمن الفارق فى أن

---

(١) م ٩٧٦ مدنى Com. 8 jan. 2002, Bull. 323

(٢) م ٩٤.

(٣) نقض ١٩٦٩/٦/١٩ س ٢٠ ص ١٠٢٦.

المشترى هو الذى يتعاقد على نقل البضاعة والتأمين عليها أو ينيب البائع عنه فى ذلك بوصفه وكيلاً عنه[1].

وبالنسبة للعقود المدنية فإنه إذا وجب تصدير المبيع للمشترى، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك، أى أنه فى حالة عدم وجود اتفاق أو عرف تجارى مخالف فإن التسليم لا يتم بمجرد تصدير المبيع بل بوصوله إلى المشترى، وتظل تبعة الهلاك على البائع إلى حين تمام التسليم عند الوصول، ولا يؤثر فى ذلك أن تكون الملكية قد انتقلت بمجرد العقد قبل تصدير المبيع المعين بالذات[2].

---

(١) نقض ١٩٨٥/٤/٢٢ طعن ٤٤٥ س ٤٢ ق

(٢) م ٤٣٦ مدنى.

الفصل الثانى

الالتزام بالتسليم والتسلم

إن من آثار عقد البيع التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشترى على نحو يصبح فى حيازته ويتمكن من الانتفاع به بجميع وجوه الانتفاع. إن التزام البائع بتسليم المبيع يعد من مقتضيات البيع، بل هو أهم التزامات البائع التى تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه.

يتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الحق العينى، لذا فهو مرتبط بكل العقود الناقلة لحق عينى كالهبة والشركة والمقايضة، بل ويترتب على العقود المنشئة لحق شخصى كعقد الإيجار، لذلك تبدو أهمية دراسة أحكام الالتزام بالتسليم ليس فقط بالنسبة لعقد البيع بل بوصفها قواعد عامة تنطبق على غيره من العقود ما لم يفرد المشرع لها أحكاماً خاصة. وفى عقد المقاولة يقوم المقاول بإنجاز العمل وتسليم الشئ الذى تم تصنيعه أو إنتاجه أو المشروع المنجز إلى صاحب العمل.

(أ) **كيفية التسليم**:

يتم التسليم إما بطريقة فعلية أو قانونية أو حكمية.

يتم **التسليم الفعلى** بالطريقة التى تتفق مع طبيعة الشئ، أى بوضعه تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به. ويقتضى تسليم العقار التخلى عنه وتسليم المفاتيح والمستندات. ويتم تسليم المنقول بالمناولة أو بصورة رمزية كتسليم مفتاح المخزن.

ويمكن أن يتم تسليم المنقول عن طريق تسليم سند الشحن أو سند الإيداع، ويتم ذلك غالباً فى البيوع التجارية، حيث يكون المنقول قد سلم إلى أمين النقل أو أودع فى أحد المخازن العمومية، ونذكر بأنه إذا وجب تصدير

المبيع للمشترى فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك(١).

يوجد هذا الإلتزام فى المعاملات الالكترونية التى يكون محلها تسليم منتج أو سلعة مثل البيع أو الإيجار الالكترونى أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج ومنشآت المعلومات. ويتم التسليم طبقاً لطبيعة المحل. فتسليم المنقول أو العقار المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشترى دون عائق. وبرامج الحاسب الآلى أو المعلومات يتم تسليمها من خلال تجسيدها على وسيط أو دعامة Support، كالإسطوانة، أو عن طريق نقلها، كطاقة، عبر شبكة الإنترنت. وقد يتم التسليم على مراحل متوالية بتمكين العميل من الحصول أولاً بأول على كل ما يستجد من معلومات من خلال موجات أثيرية خاصة يتم عن طريق جهاز وشفرة معينة.

ويتم **التسليم القانونى** بتوافر عنصرين: **الأول:** وضع الشئ تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتم التسليم المادى بالفعل، أى أننا نكون بصدد عرض حقيقى بتنفيذ الالتزام بالتسليم. **الثانى:** يعلم البائع المشترى بأى شكل بوضع المبيع تحت تصرفه، ويلتزم البائع بتقديم الدليل على قيامه بالإعلان، فقد يتخلف المشترى عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع من البائع، هنا يتحمل نتيجة إهماله أو تأخره.

ويكون التسليم **حكمياً أو معنوياً** إذا لم يتم بطريقة مادية بل بتصرف قانونى، أى بتراضى البائع والمشترى على تمام التسليم بتغيير صفة الحائز أو السند القانونى لحيازة المبيع، ويتحقق ذلك فى فرضين:

الأول: إذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع بوصفه مستأجراً أو مستعيرا أو مودعا لديه، هنا لا يحدث تغيير فى الحيازة المادية، ويتم التسليم حكماً بالاتفاق، أى بتغيير نية الحائز وسبب الحيازة، وتتقلب صفته من حائز عرضى إلى مالك.

(١) M. Alter, L'obligation de délivrance dans la Vente de meugles Corporles. p. 223.

الثانى: إذا كان البائع قد إستبقى المبيع فى حيازته بعد البيع بسبب آخر غير الملكية، كأن يستأجره مثلاً، ويعد ذلك تطبيقاً للمبدأ القاضى بأنه "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا إستمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه فى الحيازة، أو إستمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه"[١].

(ب) إثبات التسليم:

التسليم واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق، إذ العبرة فيه بحقيقة الواقع[٢]. تقضى قواعد الإثبات بأنه على الدائن عبء إثبات الالتزام، وعلى المدين عبء إثبات التخلص منه. وفى الالتزام بالتسليم، فإن الدائن هو المشترى والمدين هو البائع. ومن ثم يلتزم المشترى بإثبات عقد البيع مصدر الالتزام، ويلتزم البائع بإثبات الوفاء بالتزامه بالتسليم.

ويقع على عاتق البائع كذلك عبء إثبات مطابقة المبيع الذى سلمه كما هو متفق عليه فى العقد. فإذا اعترض المشترى عند تسلمه المبيع على تغيره أو عدم مطابقته للمتفق عليه، فعلى البائع إثبات أن المبيع لم تتغير حالته عما كانت عليه وقت البيع لأنه هو المدين بالالتزام بالتسليم. وإذا لم تكن حالة المبيع قد وصفت فى العقد، فالمفروض بقاء الشئ على أصله، ومن ثم إذا أدعى المشترى غير ذلك فعليه عبء الإثبات.

وإذا تسلم المشترى المبيع دون تحفظ أو اعتراض، فليس له الاحتجاج بأن المبيع قد تغيرت حالته عما هو متفق عليه فى العقد، وعلى البائع عبء إثبات قبول المشترى للمبيع صراحة أو ضمناً.

(جـ) وقت التسليم:

يتم التسليم Délivrance فى الوقت المحدد فى العقد، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع فور إنشاء العقد، هذا مع مراعاة المواعيد التى

---

(١) م ٩٥٢ مدنى.

(٢) نقض ١٩٩١/١/١٥ طعن ٢٥٥١ س ٥٥ ق.

Bourdeaux, le credit acheteur international, 2004, p. 151.

تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف، وذلك كمنح البائع مهلة لافراز المبيع أو تجنيبه فى المخزن أو الحصول عليه من الأسواق.

والقاعدة أنه إذا لم يحدد ميعاد التسليم، فالأصل أن يكون فور انعقاد العقد، إلا إذا تبين من ظروف التعاقد ونية الأطراف ضرورة مراعاة مدة معقولة يترك للقاضى تحديدها على ضوء طبيعة المبيع، كما لو كان شيئاً مستقلاً تحت الإنشاء أو التصنيع، ويجوز للقاضى، فى البيع المدنى دون التجارى، منح البائع مهلة فى التسليم إذا وجدت ظروف تبرر ذلك.

ويتم الاتفاق، غالباً، على تحديد أجل للتسليم. وهذا التحديد قد يتم بصورة محددة وقاطعة، هنا يتعين على البائع الوفاء بالتزامه فى الميعاد المحدد دون حاجة إلى إعذار، وإلا كان مخطئاً وتثور مسئوليته العقدية. وذلك بخلاف الحال عند تحديد الميعاد بصورة تقريبية حيث يتمتع البائع بمرونة فى التسليم على حسب ظروف الإنتاج والسوق ودون تعسف أو مغالاة، ويمتد أو يتراخى أجل التسليم عن الميعاد المحدد فى حالة وجود قوة قاهرة مؤقتة تعوق تنفيذ الالتزام بالتسليم.

ويبدأ احتساب ميعاد التسليم من تاريخ إبرام العقد، ولكن قد يتراخى هذا التاريخ إلى وقت لاحق هو استكمال المشترى لبعض الإجراءات أو الوفاء بالتزامه بدفع الثمن.

ويتم تحديد ميعاد التسليم باستظهار نية المتعاقدين وما تستخلصه المحكمة من أوراق الدعوى وظروفها، ويعتبر تقدير المحكمة تقديراً موضوعياً مما يستقل به قاضى الموضوع دون رقابة عليه لمحكمة النقض[1].

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: إن التعرف على تاريخ تسلم المشترى للمبيع هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع متى أقام قضائه على أسباب سائغة لها معينها فى الأوراق[2].

---

(١) المادة ٥٨٠ من المشروع التمهيدى، وحذفت لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة، الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٤.

(٢) طعن رقم ١٦٩٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٠/٢/١

ويلاحظ أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشترى فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك[1].

ولا شك فى أهمية تحديد مدة التسليم فى **المعاملات الالكترونية** لحماية مصالح الطرفين وتدعيم الثقة بينهما وتحديد المسئولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير. ولكن يصعب تحديد المدة فى بعض العقود حيث يتوقف الأمر أحياناً على ظروف خارجية مثل إجراءات الشحن والجمارك، وإعداد الإمكانيات المناسبة لتلقى الخدمة، أو أن يكون المحل عملاً ذهنياً يستدعى ابتكاره وتصميمه وملاءمته لإحتياجات العميل فترة زمنية معقولة. يجرى العمل فى مثل هذه الحالات، على تحديد موعد تقريبى، ينبغى، كقاعدة عامة الإلتزام به، ما لم يقدم المدين مبررات معقولة للتأخير يقدرها قاضى الموضوع. ويتوقف الأمر على طبيعة الإلتزام وتعقيداته الفنية وصفة المدين به كمهنى محترف لا يقبل منه التنصل من المسئولية عن التأخير فى التنفيذ.

(د) **مكان التسليم**:

إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً لتسليم المبيع وجب على المشترى بأن يتسلمه فى المكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن.

إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه فى المكان الذى كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، أما فى الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو فى المكان الذى يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال[2].

يتضح من ذلك أنه إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات وحدد مكانه وقت العقد، فإن مكان التسليم يكون فى مكان وجود المبيع وقت البيع. وإذا حدد فى

---

(١) م ٤٣٦ مدنى.

(٢) م ٤٦٣، ٣٤٧ مدنى.

العقد مكان للمبيع غير مكان وجوده الفعلى، فإن التسليم يكون فى المكان المحدد بالعقد. وإذا كان المبيع شيئاً مستقبلاً فإن التسليم يكون فى مكان تصنيع الشئ أو وجوده.

وإذا كان المبيع معيناً بالنوع، فإن مكان التسليم يكون موطن البائع إعمالاً لقاعدة أن الدين مطلوب وليس محمول. ويكون التسليم فى مركز أعمال البائع إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال.

وإذا التزم البائع بإرسال المبيع إلى مكان معين، فلا يتم التسليم إلا بوصوله فيه، ما لم يتفق على غير ذلك. فإذا كنا بصدد بضاعة واجبة التصدير إلى مكان معين، فإن مكان التسليم يكون هو مكان وصول البضاعة. ويجرى العمل فى البيوع التجارية على أن التسليم يتم بتسليم المبيع إلى أمين النقل.

(ق) نفقات التسليم:

تقع نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك[1]، ويدخل فى هذه النفقات ما صرف على المبيع فى نقله إلى مكان التسليم وفى مقاسه ووزنه وحزمه، ويعد ذلك تطبيق للقواعد العامة التى تقضى[2] بأن تكون نفقات الوفاء على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، فالبائع مدين بالتسليم ويتحمل نفقاته والمشترى مدين بالتسلم ويتحمل نفقاته ما لم يتفق على غير ذلك.

ومؤدى ما سبق أن ما يقتضيه التسلم من نفقات – فى النقل والشحن وغير ذلك – فهو على المشترى، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك.

ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم تدخل ضمن نفقات التسليم فهى على البائع، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسلم – إذا كان المكانان مختلفين – تكون على المشترى، وإذا كان المشترى فى مكان غير مكان البائع

---

(١) م ٤٦٤ مدنى.
(٢) م ٣٤٨ مدنى.

واشترط التسليم خالص الأجرة وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشترى ونفقات النقل عليه.

بل قد يشترط المشترى أن يكون التسليم خالصا لا من أجر الشحن وحده، بل كذلك من الرسوم الجمركية، فيتحمل البائع هذه الرسوم، سواء كانت تجبى وقت خروج البضاعة من بلد البائع، أو أثناء عبورها الطريق، أو عند وصولها إلى بلد المشترى، أما رسوم الاستهلاك التى تجبى عن تسلم المبيع، فهى على المشترى، وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام، فيجوز الاتفاق على غيرها[1].

(ك) حالة المبيع وقت التسليم:

يلتزم البائع بتسليم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت إبرام عقد البيع[2]، وينصرف ذلك بطبيعة الحال إلى المبيع المعين بالذات حيث يفترض أن المشترى عاينه أو علم به علما كافيا، وارتضاه بحالته الكائنة، ولو كان على حالة سيئة، هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك، كما لو تم اشتراط تسليم المبيع فى حالة جيدة.

إن النص على أن يلتزم البائع بتسلم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت البيع يدل على أن محل التزام البائع بتسليم العين المبيعة إلى المشترى يتحدد بالمبيع المتفق عليه فى عقد البيع وهو فى الشئ المعين بالذات يكون بحسب أوصافه الأساسية المتفق عليها والتى تميزه عن غيره[3].

وإذا كان المبيع شيئا معينا بالنوع، فإن العقد هو الذى يحدد الحالة التى يجب تسليمه فيها، ويلتزم البائع بأن يسلم شيئا من الصنف المتفق عليه، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشئ من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك

---

(١) الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢.

(٢) م ٤٣١ مدنى.
وقوع خطأ مادى فى التسليم فيما يتعلق بماهية المبيع لا يمنع البائع من طلب تصحيحه وفقا لما تقضى به المادة ١٢٣ من القانون المدنى.

(٣) طعن رقم ١٧٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٠/٤/١٢.
Cass. Civ. 12 Juill, 2001, J. C. P. 2002, 10143, n. Maupas.

من العرف أو من أى ظرف آخر. إلتزام البائع بتسليم شئ من صنف متوسط، وفى حالة البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقا.

والتزام البائع بالمحافظة على المبيع وتسليمه بحالته وقت العقد هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يجوز له أن يستبدل به غيره ولو كان مساوياً له فى القيمة أو أزيد منه، ولا يجوز للبائع أن يحدث تغييراً فى المبيع، إلا إذا وافق المشترى على ذلك بطبيعة الحال(١).

إذا حدث تغيير فى حالة المبيع إلى أسوأ بفعل البائع أو فعل الغير أو بسبب أجنبى كان البائع ملزماً بإعادة المبيع إلى حالته المتعاقد عليها أو تعويض المشترى عن ذلك، ويحق لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى.

وإذا كان التغيير إلى الأحسن بسبب أجنبى، فإن ذلك يكون من حق المشترى دون التزام بدفع ما يقابله لأنه صاحب حق فى نماء المبيع من وقت العقد.

بالنسبة للمبيع المحدد بالنوع، إذا لم يحدد العقد حالة المبيع ودرجة جودته، فإنه يتم تحديد ذلك على ضوء كافة الظروف حيث يجب الرجوع إلى العرف لاستخلاص درجة الجودة التى اتجهت إليها نية الأطراف(٢). على ضوء الغرض المقصود من العقد، فالمبيع يجب أن يكون صالحاً لهذا الغرض(٣). ويستقل قاضى الموضوع بتحديد مدى صلاحية المبيع للغرض من شرائه. ويمكن استخلاص درجة الجودة على ضوء الثمن المحدد فى العقد.

وإذا تعذر استخلاص درجة جودة المبيع من خلال العقد، فإن البائع يلتزم بتقديم شئ من صنف متوسط. وإذا كان مقدار المبيع محدداً بالوزن، فإن العبرة بالوزن الصافى وليس بالوزن الإجمالى ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف على خلاف ذلك.

---

(١) Fariers, La garantie du Vendeur professionnel, 2003, P. 250

(٢) Mercadal, Contrats et droits de l'en tre prise, 2002, p. 187.

(٣) م ١٣٣، ٢٠٥ مدنى.

(ل) **مقدار المبيع وقت التسليم:**

يلتزم البائع بتسليم المبيع بالقدر المتفق عليه فى العقد، فإذا كان المبيع من المثليات وجب تعيين مقداره أو ما يستطاع به تعيين هذا المقدار، وإذا لم يسلم البائع القدر المتفق عليه، جاز للمشترى أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشئ من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض(١).

وإذا كان المبيع معينا بذاته دون التعرض لمقداره كبيع قطعة محددة المعالم دون ذكر مساحتها فإن البائع يلتزم بتسليمها بحالتها دون أن يسأل عن مقدارها، وقد يتفق الطرفان صراحة على تحديد مقدار المبيع بالكيل أو الوزن أو المقاس، ويتم تحديد الثمن جملة أو على أساس الوحدة(٢). يضمن البائع فى هذه الحالات تسليم المبيع بالقدر المتفق عليه، هنا يثور التساؤل عن الحكم فى حالة وجود عجز أو زيادة فى المبيع.

نقص المبيع: إذا عين فى العقد مقدار المبيع كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف، ما لم يتفق على غير ذلك، على أنه لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد"(٣).

وتطبيق هذا الحكم فى حالة الادعاء بوجود عجز فى المبيع محله أن يكون البيع قد انعقد على عين معينة مفرزة ذات مقاس أو قدر معين ولم يقم البائع بالتسليم على النحو الذى التزم به بأن سلم المبيع أقل قدراً مما هو متفق عليه(٤).

---

(١) م ١٣٣، ٢٠٥ مدنى

(٢) تعيين القدر المبيع فى العقد. ضمان البائع لهذا القدر سواء كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو تعين جملة واحدة. (الطعن رقم ٣٤ لسنة ٦١ ق – جلسة ١٩٩٥/٤/٢٧).

(٣) م ٤٣٣ مدنى.

(٤) نقض ١٩٦٦/٢/١ س ١٧ ص ٢٠٥.

مؤدى ذلك أنه إذا نقص المبيع عن القدر المتفق عليه فى العقد فإنه يتم إعمال الجزاء المتفق عليه بين المتعاقدين[1]، وإذا لم يوجد إتفاق حول هذا الموضوع فإنه يرجع فى ذلك إلى العرف، فقد يجرى العرف على التسامح فى قدر معين من العجز، كما هو الحال فى البيوع التجارية. وإذا لم يوجد عرف، كان للمشترى الحق فى إنقاص الثمن بقدر ما لحق به من ضرر، وليس من الضرورى أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك[2].

ويستطيع طلب فسخ العقد إذا أثبت أن نقص المبيع كان من الجسامة بحيث لو أنه كان يعلمه لما أتم العقد، ولا يجوز التمسك بالفسخ أو طلب التعويض لأول مرة أمام محكمة النقض[3].

زيادة المبيع: إذا تبين أن القدر الذى يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر فى العقد، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة، وجب على المشترى، إذا كان المبيع غير قابل للتبعيض، أن يكمل الثمن، إلا إذا كانت هذه الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد، وكل هذا ما لم يوجد إتفاق يخالفه[4].

إذا وجد بالمبيع زيادة عند التسليم، وجب إعمال إتفاق المتعاقدين إن وجد، وإلا تم العمل بالعرف السائد، فإن لم يوجد عرف طبق الحكم السابق والذى يفرق بين فرضين:

الأول: إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة، فالغالب أن المتعاقدين قصدا أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على القدر المعين، لأن بيان المقدار فى مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف، والوصف لا يقابل شئ من الثمن ولذلك يبقى المبيع، ولا يطالب المشترى بزيادة فى الثمن.

---

(١) Seriaux, Droit des obligatins, P. 452.

(٢) الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦١.

(٣) م ٤٣٤/ ٣ مدنى.

(٤) ويتضمن العقد الدولى، أحيانا، شرطا يقصر حق المشترى على الرجوع على البائع بالتعويض أو إنقاص الثمن مثلا .
Clause de recours exclusive.

الثانى: إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلا للتبعيض فإن الزيادة تكون للبائع، أما إن كان المبيع غير قابل للتبعيض وجب على المشترى تكملة الثمن بما يعادل الزيادة فى المبيع، إلا إذا كانت هذه الزيادة جسيمة فيجوز له طلب الفسخ[1].

(م) تقادم الدعاوى الناشئة عن نقص المبيع أو زيادته:

إذا وجد فى المبيع عجز أو زيادة. فإن حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن أو فى طلب فسخ العقد، وحق البائع فى طلب تكملة الثمن، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت مدة سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا[2]، أى أن كل من دعوى انقاص الثمن، ودعوى تكملة الثمن، ودعوى فسخ العقد تتقادم بمدة قصيرة هى سنة واحدة تسرى من وقت التسليم الفعلى للمبيع.

ويسرى التقادم السالف فى حالة ما إذا كان المبيع قد عين فى العقد، أما إذا لم يتعين مقداره، إذ كان مبينا به على وجه التقريب فإن دعوى البائع لا تتقادم بسنة، بل تتقادم بخمس عشرة سنة[3].

ولا تعتبر المطالبة بقيمة القدر المستولى عليه بغير حق زيادة عن القدر المبيع، مطالبة بتكملة الثمن ولا يسرى فى شأنها التقادم الحولى[4].

(ن) ملحقات المبيع:

يشمل التسليم ملحقات الشئ accessoires المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ، وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين[5].

---

(١) Levenur, Situations de fait en droit privé, p. 352.

(٢) م ٤٣٤ مدنى.

(٣) نقض ١٩٧٥/١٢/٣٠ س ٢٦ ص ١٧٢٧.

(٤) وجود نقص فى المبيع عن المقدار المتفق عليه فى العقد. سقوط حق المشترى فى طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد بالتقادم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع. شرطه. تعيين مقدار المبيع فى العقد. بيانه على وجه التقريب أو عدم تعيينه. أثره. تقادم الدعوى بخمس عشرة سنة. (الطعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٦٠ ق – جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨).

(٥) م ٤٣٢ مدنى:

المرجع فى تحديد الملحقات الواجبة التسليم مع المبيع هو اتفاق المتبايعين، وإذا لم يوجد اتفاق، وجب الاستهداء بالعرف وطبائع الأشياء. ويقصد بالملحقات كل ما يعد بصفة دائمة لاستعمال الشئ على الوجه المألوف أو طبقاً لما يستشف من ظروف التعاقد.

وتختلف الملحقات بحسب طبيعة المبيع، فملحقات العقار تتمثل فى مستندات ملكيته، وحقوق الارتفاق المقررة له أو عليه، والدعاوى المرتبطة به، مثل دعوى الضمان المقررة لمالك البناء ضد المهندس والمقاول، والدعوى الناشئة عن عقد التأمين على المبنى.

ويعتبر من الملحقات القانونية الضرورية المستندات الإدارية التى يتطلبها القانون، كرخصة تسيير السيارة حيث يتعين على البائع تسليمها إلى المشترى. وشهادة المنشأ بالنسبة للبضائع متى إستلزم القانون ذلك، وفاتورة الثمن إذا كانت لازمة لتقدير الرسوم الجمركية على المبيع. والترخيص بالبناء على الأرض المبيعة، والتراخيص التجارية باستغلال المتجر المبيع.

(هـ) التزام البائع بتزويد المشترى بالمعلومات الضرورية عن المبيع:

يلتزم البائع بتزويد المشترى بكافة البيانات الضرورية عن المبيع، ويعد ذلك تطبيقاً للمبدأ العام القاضى بوجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية. وتزداد أهمية هذا الالتزام فى الوقت الحاضر بصدد بيع المنتجات والآلات المتطورة التى ينطوى استعمالها على مخاطر معينة ودقة وأسلوب فنى محدد يتعذر على المشترى العادى الالمام به من تلقاء نفسه، مما يلقى على عاتق الصانع أو البائع المحترف التزاما بالتبصير فى مواجهة المستهلك لحمايته. لذلك أصبح هذا الالتزام مكملاً للالتزام بالتسليم، فالتسليم لا يكتمل إلا بمعرفة طريقة استعمال المبيع والاحتياطات اللازمة لسلامة هذا الاستعمال[1].

والالتزام بتقديم البيانات هو التزام تعاقدى ينشأ عن عقد البيع منذ لحظة إبرامه إلى حين إنقضائه، ويؤدى عدم تنفيذه إلى آثاره المسئولية التعاقدية للبائع.

(١) Cass.Civ. 15 nov. 2000. Defermois, 2001, 242, n. Savaux.

وكثيراً ما يختلط الالتزام بالاعلام والتبصير بالتزام البائع بتقديم النصح والمشورة، حيث يلتزم عند التسليم بتقديم كافة المعلومات التى تسمح باستعمال الشئ طبقاً لما خصص له وفى ظل أفضل الظروف دون مضايقات أو متاعب، كما ينبغى تبصير المشترى بمخاطر المبيع ووسائل الحماية ضدها، أى الاستعمال الآمن للمبيع والحصول على منافعه دون مخاطر (١).

ويتعلق هذا الالتزامن بصفة أساسية، ببيع الأشياء التى قد يرتب استعمالها بعض المخاطر والأضرار، كالمواد الكيماوية ومستحضرات التجميل والأدوية والآلات والأجهزة الكهربائية والحاسبات الالكترونية، نظراً لما ينطوى عليه تشغيلها واستعمالها من تعقيدات فنية لا يكون الشخص العادى على دراية بها. يزدهر هذا الالتزام وتبدو مكانته فى العقود المبرمة بين المنتج أو البائع المتخصص والمستهلك. يقع الالتزام بصورة رئيسية على عاتق البائع المنتج، أما البائع الوسيط والمتخصص فيلتزم بإخطار المشترى بالمعلومات والمخاطر التى يمكنه الالمام بها وتزويده بالكتيبات والبيانات التى يرفقها المنتج بالمبيع.

والبيانات التى يقدمها البائع يجب أن تكون كاملة وشاملة لكل المخاطر وسبل الاستعمال وأن تكون مرفقة بالمبيع فى صورة نشرات أو كتيبات أو ملصقة على التغليف، وأن تكون مكتوبة بطريقة واضحة وأسلوب مبسط.

يتجه القضاء الفرنسى، بالرغم من عدم وجود نص عقدى، خاصة بالنسبة للأجهزة الالكترونية والمصانع ذات التقنية المتقدمة، بالزام البائع بتقديم المعونة والمشورة الفنية للمشترى خلال الفترة اللازمة للتدرج على إستخدام المبيع، وتدريب العاملين عليه والصيانة الد رية له(٢).

(و) الالتزام بالتسلم:

متى قام المدين بالتسليم بوضع الشئ تحت تصرف الدائن، وجب عليه المبادرة إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بحسب الجارى فى المعاملات، فإذا

(١) Cass. Civ. 15 mai. 2002, Contr. Consom. 2002. n. Fages.

(٢) Cass. Civ. 25 Juin. 2000, Bul, n. 177.

إمتنع دون مبرر مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمى، إعتبر أن التسليم قد تم[1].

والتسلم يعنى، كقاعدة عامة، القبول ومطابقة الشئ للمواصفات، ويتأكد ذلك فى حالة القبول الصريح بعد الفحص وإجراء التجارب السابقة. ولكن الأمر يختلف فى الحالات الآتية:

١- رفض الإستلام إذا وجد أن الأشياء المسلمة إليه غير مطابقة للمواصفات، أو بها عيب ظاهر أو إتضح عدم ملاءمتها للمطلوب عند تجربتها وتشغيلها.

٢- إذا تم التسليم على مراحل جزئية، حيث يصعب القول بتوافر القبول ما لم تكتمل كافة مراحله العملية وإختبار الأجزاء مجتمعة والأطمئنان إلى كفاءتها[2].

٣- إذا كان العميل غير متخصص بصدد المسألة الفنية موضوع التسليم حيث يحتاج الأمر إلى خبرة لا تتوافر لديه، هنا يجوز الرجوع، عند إكتشاف عدم المطابقة بعد التسلم، على المورد بالتعويض اللازم وإلزامه بالإصلاح على النحو الذى يجعل الشئ مطابقا للشروط المتفق عليها[3].

٤- الأصل ان الإستلام لا يحتاج إلى إجراءات شكلية معينة، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك. ونظرا لأهمية عملية التسلم والقبول فى المعاملات الالكترونية ولما يثيره من مشاكل خاصة، فإنه غالبا ما يتضمن العقد شرطاً يوضح كيفية التسلم، ويتمثل فى أغلب الأحوال، فى التوقيع على مستند خاص بذلك. إن مثل هذا التوقيع يفيد القبول ما لم يقترن بتحفظات معينة، أو كان العميل غير متخصص فى المسألة الفنية ويقتضى الأمر فحصاً معيناً كما رأينا.

---

(١) م ٤٣٥، ٦٥٥ مدنى.

(٢) CA Paris, 17 nov. 1995, Expertise 1996, 160.

(٣) Aix-en-provence, 14 dec. 1990 Juris – Data, n. 50917.

٥- يمكن استخلاص الإستلام الضمنى، فى حالة عدم إشتراط شكل معين، من الظروف المحيطة بـه، كدفـع الثمـن دون تحفظ، ومرور مدة معينـة دون إعتراض العميل، حيث يعد ذلك قبولا للشئ ومطابقتـه للإتفاق، وهـو إفتراض بسيط يسهل دحضه وإثبـات عكسـه(١). وهنـا يلتزم المستلم بدفـع المقابل المتفق عليه، وينتقل إليه عبء تحمل المخاطر.

(١) CASS. CIV. 8 déc 1995. RJDA 1996, n 390.
Paris 18 mars 1988, Juris – Data, n. 21857.

الفصل الثالث

الالتزامات الخاصة بعقود التكنولوجيا والتنمية الاقتصادية

يترتب على عقود نقل التكنولوجيا Contrats de Transfert de Technologie وعقود التنمية الاقتصادية العديد من الالتزامات على عاتق الطرفين، حيث يلتزم المورد بنقل المعرفة والتكنولوجيا، بالإضافة إلى المساعدة الفنية والتنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية، والحداثة، والحد الأدنى من الاستثمار، والاعلام، والمحافظة على السرية، وتبادل التحسينات، ومواصلة الانتاج والجودة، وشرط القصر والأكثر رعاية، وتحمل المخاطر، ومساعدة المستثمر الأجنبى وحمايته، وأداء الأعباء الضريبية.

(أ) نقل المعرفة والتكنولوجيا وقطع الغيار:

إن المعرفة الفنية Savoire – Faire Know – How ترد على المعلومات الفنية التى يتم التوصل إليها من خلال البحوث والدراسات، وتضم الأشكال والأساليب السرية والعمليات المرتبطة ببراءات الاختراع التى تخول صاحبها استغلالها فى المجالات الصناعية. فهى تشمل الخبرة الفنية والنماذج والخرائط والإرشادات والتعليمات والتركيبات والرسومات الهندسية وأجهزة التدريب والخدمات الاستشارية والمعلومات الفنية اللازمة لتركيب أو تشغيل الأجهزة والآلات أو المعدات[(١)].

تتمثل التكنولوجيا فى الجانب التطبيقى للعلم، أى التطبيق العملى للأبحاث العلمية من خلال المهارة والخبرة والطرف الفنية لتصنيع المنتجات. وتتنوع سبل نقل التكنولوجيا Transfer of Technology لعل أهمها الترخيص الصناعى Licensing، وعقد التصنيع Contract manufacturing، وعقد الإدارة management Contracting، والمشروعات المشتركة Joint- ownership

(١) أنظر وثيقة الاونكتاد .Unctad. TD/B/C.6/33

Ventre، والاستثمار المباشر Direct investment، والمساعدة الفنية Assistance Technique، وتسليم المفتاح Clé en Main.

ويلتزم المورد فى هذه الحالات بنقل كافة المعلومات والوسائط الفنية التى يتكون منها حق المعرفة إلى المتلقى، وتسليمه كافة الأموال المادية الملحقة بالتكنولوجيا، والمستندات الشارحة لكيفية تصنيع المنتج وتجميعه ووصف أجزاءه وصيانته والرسومات البيانية والتنفيذية والمواصفات القياسية لطرق الإنتاج، والمعلومات الخاصة بالمواد الخام وجودتها ومصادرها وأسعارها. ويلتزم المورد كذلك بتسليم المتلقى الأموال المادية الملحقة بالتكنولوجيا، كالأجهزة والآلات، والشروح والتعليمات والايضاحات. وقد يتم ذلك فى صورة كراسات أو شروح وتدريب للعاملين[1].

وتنص المادة (٧٨) من قانون التجارة المصرى على أنه: "يلتزم المورد – طوال مدة سريان العقد – بأن يقدم للمستورد بناء على طلبه قطع الغيار التى ينتجها وتحتاجها الآلات أو الأجهزة التى تستعمل فى تشغيل منشآته، وإذا كان المورد لا ينتج هذه القطع فى منشآته، وجب أن يعلم المستورد بمصادر الحصول عليها.

إن تحديد المحتويات السابقة أمر خاص بالخبراء والفنيين، يتسم بالمرونة والتطور وغير قابل للحصر، لذا ترد صياغته القانونية على سبيل المثال لا الحصر، وينبغى إعمال مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد فى هذا المضمار.

(ب) الالتزام بالحداثة:

ويقتضى حسن النية ومضمون العقد إلتزام المورد بتقديم أفضل المواد اللازمة لتحقيق المشروع وإستخدام التكنولوجيا المتطورة على نحو يتمشى مع المستوى الأكثر حداثة فى المجال محل التعاقد. وينطوى توريد تكنولوجيا متخلفة أو منتهية على مخالفة صريحة للعقد.

(١) Deleuze, Le Contrat de Transfert de Processus Technologique, 1982, p. 186.

(جـ) تقديم المساعدة الفنية:

لا تتوافر لدى متلقى التكنولوجيا، غالبا، الخبرة الكافية بها، لذا فإن المورد يلتزم بتقديم المساعدة الفنية L'assistance Technique له. ويعد ذلك من مستلزمات عقد نقل التكنولوجيا يتعين الوفاء به ولو خلا من النص عليه، ما لم يتفق على استبعاده صراحة.

ويتم تقديم المساعدة بالطريقة التى تعين المتلقى على إستيعاب المعرفة الفنية واستخدامها بما يلائم ظروف البيئة الاجتماعية والاقتصادية والتنموية، وغالبا ما يتضمن العقد بيان كيفية المساعدة من حيث أعداد المتدربين والمدة اللازمة والنفقات، وبرامج التدريب والفئات من عمال وفنيين ومهندسين والإداريين.

ويجرى التدريب من خلال إرسال خبراء، على دراية كاملة بحق المعرفة، إلى مواقع العمل للنصح والإرشاد والمشاركة الفعلية فى الانتاج، وقد يتم التدريب فى الخارج للأفراد والعاملين(١).

يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد ما يطلبه من الخدمات الفنية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص الخبرة والتدريب(٢).

(د) التنمية البشرية وتدريب العمالة المحلية:

يرد هذا الالتزام فى عقود الدولة أو التنمية الاقتصادية، حيث تتضمن عادة شروطا تلزم الطرف الأجنبى بالمساهمة فى التنمية البشرية من خلال إنشاء المدارس والمستشفيات ومراكز الخدمات الاجتماعية لأسر العاملين الذين يستخدمهم، ويتحدد نطاق الالتزام على ضوء القيمة الاجمالية للاستثمارات التى يقوم بها المشروع الأجنبى.

---

(١) Burst, L'assistance Technique dans les Contrats de transport Technologique, Rec. Dail. S, 1979, n. 1.

(٢) م ١/٧٧ من قانون التجارة المصرى.

ويرتبط بذلك أيضاً تدريب العاملين والتكوين الفنى والمهارى لهم، حتى يتم إدماج العمالة المحلية فى العمليات الفنية المعقدة.

(ق) الالتزام بالحد الأدنى من الاستثمار:

تفرض الدول، عادة على المشروع الأجنبى فى عقود التنمية الاقتصادية، الالتزام بضرورة القيام باستثمارات محددة يتم تعيين مقدارها خلال فترة زمنية معينة، وذلك لضمان جدية وفعالية عمليات الاستثمار. ويبدو ذلك بوضوح فى مجال استخراج الثروة المعدنية.

(ك) الالتزام بالإعلام والإخبار:

يلتزم المشروع الأجنبى بالإعلام والإخبار ومكاشفة الدولة بكافة الظروف المحيطة بالاستثمار والتكنولوجيا موضوع التعاقد. فمن حق الدولة المضيفة معرفة ورقابة سير العمليات وظروف المشروع محل العقد.

ومن هنا يتعين إمداد الدولة أو الجهاز التابع لها، بكافة المستندات والوثائق والتقارير الدورية والبيانات التفصيلية عن المشروع، وبصفة خاصة المخاطر والآثار السلبية التى قد ترتبط بأنشطته ومنتجاته(١).

وتطبيقاً لذلك تنص المادة (٧٦) من قانون التجارة المصرى على أن:

يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد فى العقد أو خلال المفاوضات التى تسبق إبرامه عما يلى:

١- الأخطار التى قد تنشأ عن استخدام التكنولوجيا وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالبيئة أو الصحة العامة أو سلامة الأرواح أو الأموال، وعليه أن يطلعه على ما يعلمه من وسائل لاتقاء هذه الأخطار.

٢- الدعاوى القضائية وغيرها من العقبات التى قد تعوق استخدام الحقوق المتصلة بالتكنولوجيا لا سيما ما يتعلق منها ببراءات الاختراع.

---

(١) Ph. Leboulanger, op. cit., p. 25.

٣- أحكام القانون المحلى بشأن التصريح بتصدير التكنولوجيا.

وتضيف المادة (٨٠) بأن:

يلتزم المستورد بأن يطلع المورد على أحكام التشريعات الوطنية المتعلقة باستيراد التكنولوجيا.

وتضيف المادة (٧٧) بأن:

يلتزم المورد بأن يقدم للمستورد المعلومات والبيانات وغيرها من الوثائق الفنية اللازمة لاستيعاب التكنولوجيا.

(ل) المحافظة على السرية :

إن محل عقود نقل التكنولوجيا هو المعرفة الفنية وما تنطوى عليه من براءة إختراع أو حقوق الملكية الفكرية، وتكمن قيمة المعرفة فيما تنطوى عليه من جدة وسرية، وهى جديدة طالما احتفظت بهذه السرية وظلت قاصرة على نطاق ضيق من الأشخاص القائمين على إستغلالها فى التصنيع.

لذا يحرص صاحب الحق فى المعرفة على ضمان سريتها سواء فى مرحلة التفاوض أو أثناء سريان العقد، ويعمل على اتخاذ كافة الاحتياطات لضمان المحافظة عليها من السرقة أو التجسس الصناعى[1]. ولكن المبالغة فى فرض القيود يؤدى إلى إخفاء المعرفة والطرق الفنية وإحتكارها وحرمان البشرية من الاستفادة منها، لذا ظهرت القوانين والمعاهدات التى تقيم التوازن فى هذا الصدد بين حق صاحب المعرفة من جهة، ومنع إحتكارها من جهة أخرى، من خلال تنظيم الترخيص الاجبارى لاستغلال المعارف الفنية المبرأة فى حالة إمتناع صاحبها عن مباشرة استغلالها خلال مدة معينة[2].

يحرص كل من مورد التكنولوجيا والمتلقى لها على الالتزام فى العقد بالمحافظة على سرية كافة عناصر المعرفة الفنية. ويقع هذا الالتزام بصفة على

---

(١) وهذا مايطلق عليه بشروط الالتزام بالسرية. Clauses de Confidentialité

(٢) انظر مؤلفنا فى نظرية الحق، ص ٢٢٥.

المتلقى وذلك بالعمل على تقليل حالات احتمال افشاء أسرار المعرفة من خلال تخفيض عدد الأفراد المطلعين على المعلومات ومنع الترخيص باستغلالها من الباطن[1].

وتطبيقاً لذلك تنص المادة (٨٣) من قانون التجارة المصرى على أن:

١- يلتزم المستورد بالمحافظة على سرية التكنولوجيا التى يحصل عليها وعلى سرية التحسينات التى تدخل عليها، ويسأل عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن إفشاء هذه السرية سواء وقع ذلك فى مرحلة التفاوض على إبرام العقد أو بعد ذلك.

٢- وكذلك يلتزم المورد بالمحافظة على سرية التحسينات التى يدخلها المستورد وينقلها إليه بموجب شرط فى العقد، ويسأل المورد عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن إفشاء هذه السرية.

(م) الالتزام بتبادل التحسينات:

إن التكنولوجيا فى حالة تطور مستمر، والعقود التى ترد عليها لا ترمى فقط إلى نقلها، بل تحرص على نموها وازدهارها. لذا يحرص أطراف العقد الدولى، عادة، على الالتزام بأن ينقل كل منهما للآخر ما يتم التوصل إليه من تحسينات amélioration[2].

ويختلف التحسين عن الابتكار أو التجديد Innovation الذى يتم تسجيله ويحصل صاحبه على براءة إختراع بشأنه أى إبتكار طريقة صناعية جديدة تستند إلى فكرة حديثة تجاوز المألوف فى التطور العادى، أما التحسينات فهى تعديلات جزئية غير جوهرية تستند إلى المهارة الفنية اللازمة لرجل الصناعة فى حدود المعلومات الجارية[3].

---

(١) Magnin F., Know – How et Propriété industrielle, p. 325.

(٢) ويجرى النص فى العقد على التزام الطرفين بتبادل كل من:
Les innovations, ameliorations, prefectionnenents, informations techniques.

(٣) J. Wittmer, Garntie et responsabilité Contractuelles en droit des Brevets d'invention, p. 5.

يلتزم المورد بتزويد المتلقى بالتحسينات الواردة على المعرفة الفنية لأنها من مستلزمات العقد وغايته بهدف اللحاق بالتقدم والتطور التقنى. ويقع نفس الالتزام على عاتق المتلقى تحقيقاً لمبدأ التعاون فيما بينهما للارتقاء التكنولوجى. والحصول على التحسينات يتم نظير مقابل معين.

وتطبيقا لذلك تنص المادة ٢/٧٨ من قانون التجارة المصرى على أن "يلتزم المورد بأن يعلم المستورد بالتحسينات التى قد يدخلها على التكنولوجيا خلال مدة سريان العقد وأن ينقل هذه التحسينات إلى المستورد إذا طلب منه ذلك.

ويستلزم ذلك التزام كل طرف بالإعلان عن الابحاث الجديدة والتطورات الجديدة المتعلقة بمحل العقد، ويتهرب المورد، غالباً، من تنفيذ هذا الالتزام رغبة فى إحتكار التحسينات التى يتوصل إليها ومحاولة إستغلالها بعيداً عن العقد[1].

(ن) الالتزام بمواصلة الانتاج والجودة:

إن الهدف من عقد نقل التكنولوجيا هو إستغلال المعرفة الفنية بقصد تحقيق الربح والمشاركة فى عملية التنيمة الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثم فإن إستمرار المشروع ومواصلة الانتاج أمر يحقق مصلحة الطرفين، عندما يحصل كل متعاقد على جزء من العائد.

وتبدو مصلحة المورد عندما يشترط مواصلة الانتاج بالكمية المتفق عليها، فى إطار حد أدنى أو أقصى معين، وبشرط المحافظة على مستوى محدد من الجودة حرصاً على علامته التجارية التى تشكل عنصراً فى العقد، ولضمان نسبة ثابتة من الربح.

---

(١) Maurice Dahan, op. cit. p. 105.
أنظر ما سبق ص ١٣٠ فيما يتعلق ببطلان الشروط المقيدة لحرية المستورد الخاصة بالتحسينات.

إن النص فى العقد على الالتزام بمراعاة حجم معين للإنتاج، والالتزام بضمان الجودة يهدف غالباً، إلى حصول المورد على مستوى مضمون من الربح، وعدم الإضرار بسمعته إذا تعلق الأمر باستغلال علامته التجارية.

ويتم الاتفاق، أحياناً، فى عقد تسليم الانتاج، على التزام المورد بضمان الجودة حرصاً على سمعته التجارية ومركزه التنافسى فى الأسواق من جهة، ولتفادى المسئولية من جهة أخرى، فهو الذى يتحمل عبء الخسائر الناجمة عن المنتجات المتدنية وتعويض الأضرار التى تلحق المتلقى والمستهلك نتيجة ذلك.

لذا يجرى العمل على وضع شروط وضوابط معينة للجودة، ومراقبتها، وتطبيق بعض المعايير الخاصة، وحسن إختيار الفنيين وتدريبهم، والاتفاق على إستعمال معدات ومواد أولية مختارة، وعدم التغيير فى التكنولوجيا المستخدمة إلا للأفضل.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة (٧٩) من قانون التجارة المصرى على أن يلتزم المستورد بأن يستخدم فى تشغيل التكنولوجيا عاملين على قدر من الدراية الفنية وأن يستعين كلما لزم الأمر بخبراء فنيين، على أن يكون اختيار هؤلاء العاملين أو الخبراء من المصريين المقيمين فى مصر أو فى الخارج كلما كان ذلك متاحاً.

وقد تشكل الشروط السابقة قيداً على المتلقى وعبئاً عليه فى حالة تقادم المعرفة الفنية وظهور ما هو أحدث منها وإنصراف المستهلك عنها مما يحمله خسارة لا يشاركه فيها المورد. هنا تحظر بعض التشريعات مثل هذه الشروط وتقضى ببطلانها[1].

(هـ) الالتزام بشروط القصر والأكثر رعاية:

تتمثل تلك الشروط فى صور ثلاث:

أولاً: يرد هذا الشرط فى العقد الدولى لنقل التكنولوجيا، وهو قيد على حرية أحد المتعاقدين لمصلحة الطرف الآخر، ويتمثل فى الالتزام بالامتناع عن

---

(١) محسن شفيق، نقفل التكنولوجيا ص ٨٨.

عمل معين، وذلك بقصر إستغلال المعرفة الفنية على غرض معين وفي نطاق محدد.

يشترط المورد أحياناً، قصر إستغلال التكنولوجيا على غرض معين أى في مجال محدد دون المجالات الأخرى، مثل تحديد إستعمال الليزر موضوع التعاقد في مجال الطلب، بحيث يحظر على المتلقى إستخدامه في مجالات أخرى.

وقد يتمثل القصر في تحديد الاقليم الذى يجوز فيه للمتلقى مباشرة نشاطه في الاستغلال والتسويق، أى بيان المنطقة التى تُستغل فيها المعرفة الفنية.

ويرمى هذا الشرط في الغالب إلى تضييق نشاط المشروع أو تجربته أو الالتزام بقواعد المنافسة مع الأخرين وتنظيمها. لذا تتفاوت التشريعات بصدد مشروعيته، فبعضها يبيحه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وبعضها يحظره كقيد على حرية المتلقى، وأنه لا يستند إلى حقوق الملكية الصناعية(1).

ثانياً: ويقصد بشرط القصر، أحياناً، أن يكون من حق متلقى التكنولوجيا وحده استغلال حق المعرفة أو التكنولوجيا موضوع العقد، وتسويق الانتاج الناجم عنه. هنا يلتزم المورد بعدم منافسة المتلقى داخل حيز مكانى معين، وذلك بألا يقوم باستغلال حق المعرفة بنفسه أو لحسابه، وألا يمنح ترخيصاً آخر للغير في ذلك المكان. وقد يشترط المتلقى أن يكون حق الاستغلال وبيع الانتاج قاصراً عليه وحده خارج إقليم دولته (الشرق الأوسط مثلاً).

وتطبيقاً لذلك تنص المادة (٨٤) من قانون التجارة المصرى على أنه: يجوز الاتفاق على أن يكون لمستورد التكنولوجيا وحده حق استخدامها والاتجار في الإنتاج وبشرط أن يحدد هذا الحق بمنطقة جغرافية معينة وبمدة محددة يتفق عليها الطرفان.

Control of Restictive Practices in transfer of technology transactions, united Nations Publication Sales, n. E – 32.

ثالثاً: وهناك شرط التعامل القصرى exclusive dealing الذى يحظر على المتلقى شراء أو حيازة تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة لتلك المتعاقد عليها، ويمتنع عليه كذلك التعامل فيها على أية صورة، سواء بالوكالة أو التوسط فى بيع منتجاتها.

ويعتبر القضاء وبعض التشريعات أن هذا الشرط يتسم بالتعسف وعدم المشروعية إذا كانت غايته إحتكار السوق(١).

رابعاً: وهناك شرط حظر تنازل المستورد عن التكنولوجيا للغير إلا بموافقة المورد.

وتطبيقاً لذلك تنص المادة (٨١) من قانون التجارة المصرى على أنه: لا يجوز للمستورد النزول للغير عن التكنولوجيا التى حصل عليها إلا بموافقة موردها.

خامساً: أما شرط المتلقى الأكثر رعاية Clause du preneur le plus Favorisé فيعنى التزام المورد بمنح المتلقى كافة المزايا التى منحها أو سيمنحها للمتلقين الآخرين، أى مساواته بهم. ويطلق عليه كذلك شرط الدولة الأكثر رعاية La clause de la Nation la plus favorisé (٢).

(و) الالتزام بتحمل المخاطر:

تسبب التكنولوجيا، أحياناً، بعض الأضرار، فى مراحلها المختلفة من تركيب وتشغيل وإستعمال، سواء لبيئة المتلقى أو العاملين أو المستهلكين. وينشأ الضرر عن عوامل كثيرة ترتبط بالآلات أو الخامات أو عيوب الإنتاج. وأصبحت المخاطر الناتجة عن نقل المعرفة الفنية أو السلع المنتجة محل إهتمام

---

(١) Guide lines for the Acquistion of foreign Technologiy in Developing Countries, p. 25.

وانظر موقف القانون المصرى فيما يتعلق بمدى صحة هذه الشروط ما سبق ص

(٢) وهناك ما يسمى أيضاً بشرط العرض المنافس loffre Concurrunte, Clause d'alignement, Cluase de Compétitivité. ومؤداه وجوب إخطار المتعاقد الآخر بالعرض الأفضل الذى تلقاه بصدد العقد، على أن يكون له الأولوية. L'offre plus favorable.

متزايد على ضوء إزدهار قوانين حماية المستهلك وتوفير الأمان له من الأخطار الناتجة عن إستخدام المنتجات التكنولوجية والمعارف الفنية.

وللقاعدة العامة أن المورد يلتزم بضمان الأمان L'obligation de Securité، ما لم يتم الاتفاق فى العقد على تحمل المسئولية مناصفة فيما بين المورد والمتلقى، أو تحمل المشروع للتعويضات المقضى بها عن الأضرار الناجمة عن النشاط أو المنتجات(١).

وتطبيقا لذلك تنص المادة ٢/٨٥ من قانون التجارة المصرى على أن: يسأل كل من المورد والمستورد بغير تضامن بينهما عما يلحق الأشخاص والأموال من ضرر ناشئ عن استخدام التكنولوجيا أو عن السلعة الناتجة عن تطبيقها.

(ى) الالتزام بمساعدة المستثمر الأجنبى وحمايته:

يرد هذا الالتزام فى عقود التنمية الاقتصادية المبرمة مع الدولة، حيث تلتزم فيها بأن تقدم للمشروع الأجنبى المساعدة والتسهيلات اللازمة للاستثمار على إقليمها، من خلال الإجراءات الإدارية الخاصة بدخول ممثليه ومعداته ومنحه التراخيص الخاصة بالبناء والاستيراد، وضمانات التسويق والتصدير.

هذا بالإضافة إلى توفير الحماية المناسبة للاستثمارات المقامة على أرض الاقليم، من خلال الإجراءات الأمنية وإصدار القوانين الخاصة بتشجيع الاستثمارات وتأمينها.

(ز) الالتزام بأداء الأعباء الضريبية:

يترتب على تنفيذ العقود الدولية إستحقاق بعض الضرائب والرسوم، سواء لدولة المورد أو دولة المتلقى، مثل الضرائب الجمركية على الآلات والأجهزة والمواد الخام والمنتجات، وضريبة الأرباح التجارية والصناعية، مما

---

(١) أنظر ما يلى ص ٢٤٦ وتقرير السكرتير العام للأمم المتحدة بعنوان:
Labilié for Domage Caused by Products intended for involved in international Trade. (A/C.9/102).

يثير التساؤل حول تحديد الملتزم بتحمل تلك الأعباء الضريبية، وكيفية تفادى مشكلة الإزدواج الضريبى.

لا شك أن تلك المسألة من أهم الموضوعات التى يحرص الأطراف على تسويتها فى العقد، وبيان النسبة التى يساهم بها كل طرف فى تحمل عبء هذه الضرائب، وفى حالة غياب الاتفاق، فإن كل طرف يلتزم بسداد الضرائب التى يفرضها عليه التشريع الضريبى الخاص بدولته، ومن ثم يكون الالتزام بأداء الضرائب موزعاً على أساس إقليمى(١).

ويجدر الإشارة إلى أن بعض الدول، تشجيعاً للاستثمار الأجنبى على إقليمها، تقرر إعفاء ضريبى كلى أو جزئى لتلك المشروعات لفترات زمنية معينة.

(١) Maréchal, les paigments dans les Contrats de Licence de Brevets et de Communication de Savoire – Faire, p. 111.

الفصل الرابع

الالتزام بالضمان

يولد عقد البيع إلى جانب التزام البائع بتسليم المبيع للمشترى، إلتزاماً آخر بضمانه له L'obligation de garantie أى ضمان ملكيته والإفادة منه بطريقة هادئة وكاملة. وينشأ الالتزام بالضمان عن كل العقود الناقلة للحق بعوض، كالمقايضة والشركة، والعقود الكاشفة كالقسمة، ويوجد أيضا فى عقد الإيجار والعارية. ويستقر الفقه والقضاء على وجوده فى عقد المقاولة[1].

(أ) ضمان العيب الخفى Garantie des Vices Cachés

يلتزم البائع بالضمان إذا لم تتوافر فى المبيع وقت التسليم الصفات التى تكفل للمشترى وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الغرض الذى أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده. ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه. ولا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه.

إذا تسلم المشترى المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقا للمألوف فى التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع. أما إذا كان العيب

---

(١) السنهورى، جـ ٧، ١٩٨٩، ص ١٢٤، لبيب شلب، شرح أحكام عقد المقاولة ص ٨٨. انظر مؤلفنا فى المسئولية المعمارية، ٢٠٠٢. نقض ١٣/٤/١٩٦٧ س ١٨ ص ٨٣٥.

Cass civ 5 nov 1986. R..T.D.C 1986. 470 abs. Remy.

مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشترى، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا أعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب.

إذا أخطر المشترى البائع بالعيب فى الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان. ويتمثل ذلك فى إما رد المبيع فى حالة العيب الجسيم أو الاحتفاظ به مع التعويض عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب(١).

تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان. تسقط الدعوى بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشترى العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول، على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت به تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

يجوز للمتعاقدين بإتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه. ولا ضمان للعيب فى البيوع القضائية، ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.

تنطبق تلك القواعد العامة على المعاملات الالكترونية، إلا أن وجه الخصوصية يبدو من خلال الملاحظات الآتية:

١- إن ضمان العيوب الخفية يجد مجاله الطبيعى فى العقود التقليدية: البيع والمقايضة والشركة والإيجار والعارية، إلا أنه إمتد أيضاً إلى عقد المقاولة، سواء تعلق الأمر بعمل مادى أم بعمل ذهنى(٢)، مثل تصميم برامج الحاسب الآلى. ويؤدى ذلك إلى إتساع مجال هذا الضمان فى المعاملات الإلكترونية التى ترد، غالباً، على توريد سلعة أو منتج أو خدمة تتسم بالطابع الفنى أو التقنى. ومع ذلك فإن فرصة اللجوء، عملاً، إلى هذا الضمان تتضاءل نسبياً فى هذه المعاملات بسبب صعوبة إثبات شروط الضمان من جهة، ووجود

---

(١) م ٤٤٧: ٤٥٤ مدنى، انظر تفصيل تلك الأحكام مؤلفنا فى أحكام البيع، الاسكندرية، ٢٠٠٢.

(٢) انظر فى تطبيق ضمان العيب الخفى على الأشياء المعلومة كبراءة الإختراع:
Cass civ 25 Juin 1974 D. 1976. 193 note chmidt.

البدائل الحديثة: مثل الالتزام بالمطابقة والأمان وضمان الصلاحية وقواعد حماية المستهلك كما سنرى.

٢- يشترط للتمسك بالضمان أن نكون بصدد عيب خفى، يمثل قدراً من الجسامة، موجوداً وقت التسليم. إن تقدير خفاء العيب يتوقف على مدى تخصص وخبرة العميل التى تمكنه من إكتشاف العيب بفحص عادى أم دقيق. تثور الصعوبة الفنية أحياناً بالنسبة لتحديد سبق وجود العيب على التسليم أى بداية وجوده، وهل يتعلق الأمر بخلل طارئ نتيجة الاستعمال أم بأمور ترتبط بالتركيب الداخلى للمنتج مثل ظهور فيروس الحاسب الآلى كما سنرى. وتتوقف جسامة العيب بحسب النتيجة المرجوة من السلعة أو الخدمة ومدى تأثيره على الجودة والكفاءة، ولا شك أن الأمر يختلف من عميل لآخر.

إن أعمال تلك الشروط يبدو يسيراً فى الأشياء التقليدية محل التعاقد، إلا الأمر يزداد صعوبة ودقة بصدد المنتجات والخدمات الفنية الحديثة المعقدة التى يغلب التعامل عليها إلكترونيا مثل برامج الحاسب الآلى والمعلوماتية.

٣- تدق التفرقة بين ضمان العيب الخفى والإلتزام بتسليم منتج مطابق لطلبات العميل وملبياً لإحتياجاته التى أفصح عنها عند إبرام العقد، ومستوفياً للمواصفات القياسية المتعارف عليها. يجرى القضاء على الجمع بين الفكرتين، أحياناً، وذلك بفحص شروط عدم المطابقة عند عدم توافر شروط العيب الخفى، ويقيم التفرقة بينهما أحياناً، حيث تختلف شروط كل دعوى ومن ثم لا يوجد الخيار بينهما(١). إن العيب الخفى هو آفة كامنة فى مادة المنتج أو تشغيله، بينما يتمثل عدم المطابقة فى تخلف الصفة أو عدم تحقيق النتيجة المتفق عليها فى العقد. ومدة رفع دعوى الضمان أقصر من مدة دعوى المطابقة التى تقدر ثلاث سنوات.

(١) Viney, responsabilitié civile, JCP. 1993, I. 0543.
Benabent. Conformité et vice cashé dans la vente, D. 1994, p. 115.
Cass. Com. Mai 1993, J. C. P. 1994, 11. 526 note levener.

وتقرر محكمة النقض بأن المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التى كفلها البائع للمشترى بالعيب الخفى، إلا أنه لم يشترط فى حالة فوات الصفة ما اشترطه فى العيب الخفى الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثراً وخفيا، بل إنه جعل مجرد تخلف الصفة وقت التسليم موجباً لضمان البائع متى قام المشترى بإخطاره، سواء كان المشترى يعلم بتخلفها وقت البيع أو كان لا يعلم، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو كان لا يستطيع(١).

٤- إذا توافرت شروط الضمان، كان من حق العميل طلب الفسخ أو إصلاح العيب أو استبدال المنتج، أو المطالبة بإسترداد جزء من الثمن، هذا بالإضافة إلى أحقية تعويض الأضرار التى حلت به.

٥- يجوز الإتفاق على زيادة الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه، ولكن يبطل كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه فى حالة تعمد إخفاء العيب على سبيل الغش. وكثيرا ما يلجأ المورد المهنى المحترف إلى إستعمال مثل هذه الشروط التى يقبلها العميل العادى قليل الخبرة، مما يخلع عنه الحماية القانونية المرجوة، لذا تجرى التشريعات الحديثة على إبطال تلك الشروط حماية للمستهلك(٢). ولا شك فى أهمية ذلك بالنسبة للمعاملات الالكترونية.

(ب) ضمان مطابقة المحل للمواصفات:

- يتعين للوفاء بالإلتزام بالتسليم أن يكون المحل المسلم مطابقا للقدر والمواصفات المتفق عليها أو التى تقتضيها قواعد المهنة وعرف التعامل. وغالباً ما ترد المعاملات الالكترونية على أشياء أو خدمات تتسم بالطبيعة الفنية التى ينبغى أن تتناسب وأوضاع معينة أو تفى بإحتياجات محددة، كبرامج الحاسب الآلى، والأدوية والمواد الكيماوية، من هنا يبدو التسليم، ليس كمجرد عمل مادى، بل ينبغى أن يكون المحل صالحاً للاستخدام وفقاً لطبيعته والغرض الذى تم تخصيصه له أو التعاقد عليه من أجله. ويمكن الاستدلال على تلك

---

(١) نقض ١٩٧٠/٣/١٩ س ٢١ ص ٤٧٥.

(٢) Cass. Civ. 26 mai 1993, D. 1993, p. 568 note Paisant.
باعتبارها شروطا تعسفية Clauses abusives .

الصفات والأغراض من خلال الوثائق التعاقدية التى تشير صراحة إلى ذلك، وقد يستشف ذلك ضمناً من ملابسات العقد.

- وقد يتم تحديد المواصفات والمطابقة من خلال إشتراط تقديم شهادة جودة Lattestation de la qualité، حيث أصبح هناك حد أدنى من الصفات العالمية التى يتعين توافرها فى المنتج المعد للتصدير للخارج. وهناك منظمات عالمية تتولى إصدار شهادات الجودة لكل من يطلبها. ويقع على عاتق الملتزم بالتسليم الحصول على هذه الشهادة لإثبات مطابقة المنتج للمواصفات العالمية، وتعتبر المنظمة مسئولة تعاقدياً، فى مواجهة المتعاقد معها، عن إصدار هذه الشهادة. وللغير أن يرجع عليها بدعوى المسئولية التقصيرية متى أثبت إصابته بضرر نتيجة إصدار هذه الشهادة[١].

وكقاعدة عامة فإن هذا الالتزام يتمثل فى تحقيق نتيجة، ما لم يتحفظ المدين بأنه سيبذل العناية الكاملة كى يكون المنتج مطابقا للمواصفات[٢]، أو ملبيا للأغراض المنظورة منه، كالالتزام بتركيب وإبتداع مادة كيمائية معينة لغرض محدد أو تصميم برنامج حاسب لمهمة ما.

- إن الحكم على مدى مطابقة المحل للمواصفات، يقتضى، أحياناً، التسلم والتشغيل أى تجربته فترة معينة للتعرف على صلاحيته وسلامته، ولا يكفى مجرد الفحص الظاهرى أو قراءة الخصائص والصفات المدونة عليه. ولعل عمل محضر تسليم يفيد التحفظ وإبداء الملاحظات على النظرة المبدئية والتشغيل الأولى ومدى وجود المطابقة يبدو على درجة كبيرة من الأهمية، حيث ينبغى تسجيل نتائج الإختبارات التى تم إجراءها خلال فترة الضمان[٣].

---

(١) Bensaussan. l'informatique et le droit, 1994, p. 520.

(٢) ويحرص أطراف العقد الدولى على تفصيل شرط الضمان فى العقد Clause de garantie.

(٣) Cass. Com. 3 jan 1995, Lamy., p. 5.

- ولا يؤثر فى ذلك وجود بعض المشكلات العارضة فى التشغيل والنتائج طالما كان ذلك فى حدود النسبة المتعارف عليها والمقبولة فى العمل، وكذلك الحال بالنسبة للأعطال الطارئة طالما وجد الإلتزام بالضمان والصيانة.

وتطبيقا لذلك تنص المادة (٨٥) من قانون التجارة المصرى على أن: يضمن المورد مطابقة التكنولوجيا والوثائق المرفقة بها للشروط المبينة فى العقد، كما يضمن إنتاج السلعة أو أداء الخدمات التى اتفق عليها بالمواصفات المبينة فى العقد، ما ل يتفق كتابة على خلاف ذلك.

(جـ) **ضمان الالتزام بالصيانة وأداء الخدمة:**

يرتبط الإلتزام بالصيانة، غالباً، بالإلتزام بالتسليم. والصيانة نوعان: فهناك الصيانة الوقائية للمحافظة على الأجهزة والإحتفاظ بكفاءة تشغيلها وحمايتها، وهناك الصيانة الإصلاحية التى ترمى إلى إصلاح كل عطل طارئ[1] إعمالا لأحكام الضمان كما سنرى.

- ينبغى أن تكون الخدمة موضوع العقد محددة أو قابلة للتحديد. ويتم ذلك التحديد فى العقد أو فى وثيقة إضافية أو الوثائق التكميلية مثل الكتيبات الدعائية التى يوزعها المورد، كما عرضنا من قبل. وقد يفهم نطاق ومضمون الخدمة من طبيعة العقد نفسه مثل عقد الاشتراك فى خدمة المحمول أو الفضائيات وبنك المعلومات وشبكة الإنترنت، وإن كان مضمون الخدمة فى تلك العقود لا يثير صعوبة، إلا أن مداها أو مضمونها قد يكون محل جدل.

ويحرص الملتزم بتقديم الخدمة على تحديد وبيان نطاق إلتزامه لأن الغموض وعدم الوضوح يفسر فى غير صالحه[2].

- والإلتزام بتقديم الخدمة يعد إلتزاماً مستمراً حيث يستمر تنفيذه فترة طويلة من الزمن، لذا تظل للإلتزام بالتعاون أهميته لحسن تنفيذ العقد والوصول إلى الغرض المنشود. إن تعاون العميل مع المورد يقابله إلتزام الأخير

(١) C. A. Paris I Juill. 1999, D. D'affaires 1999, 1281 obs. J. F.

(٢) Cass. Civ 13 oct. 1993, R.JDA 1994. n. 17.

بالاستعلام وتقديم النصح، فمثلا ينصحه بشراء المعدات المناسبة والوثائق والمستندات الضرورية والإعداد الفنى اللازم لرفع مستوى الخدمة، وينبغى كذلك تحذير العميل من كل ما من شأنه الإضرار بمصالحه المادية والأدبية، كلفت إنتباهه إلى عدم الدخول على مواقع معينة أو خطر استخدام البرامج المعلوماتية إلا بأسلوب محدد، وعدم إساءة إستخدام المعلومات(1).

- ولا شك أن الإخلال بتلك الالتزامات يثير المسئولية العقدية، ويمكن أن يعفى الطرف الآخر من مسئوليته. فتقصير العميل فى أداء التزامه بالتعاون يحمله مسئولية تقصير المورد الناتج عن ذلك.

وعلى صعيد عقود المقاولات الكبرى (إقامة منشآت برامج المعلومات مثلا) يبدو من الضرورى وضع الإجراءات اللازمة لدراسة تطور الأداء، كإنشاء لجنة متابعة لتدبر ومراقبة مراحل التنفيذ ومواعيده، وتذليل الصعوبات والتأكد من سلامة الإنجاز وما يستجد من تطورات وتغير فى الإحتياجات. ولكننا فى النهاية أمام عقد مقاولة يلتزم فيه المقاول بإنجاز العمل بطريقته وإسلوبه وليس لصاحب العمل التدخل فى أسلوب التنفيذ، بل عليه التعاون وأداء ما يطلب منه من معلومات وإجراءات إدارية مثلاً، إلى أن يتم المشروع ويأتى دور التسليم وأهميته كما سنرى. ولكن يمكن أن تستجد بعض الأمور التى قد تستدعى تغييرا فى الأداء مما يثير الجدل حول إعادة التوازن العقدى على ضوء الإلتزامات الجديدة. ويقتضى ذلك توافق الأطراف. وهنا يبرز من جديد أهمية مبدأ حسن النية والإلتزام بالنصح.

وكقاعدة عامة فإن التزام المورد بأداء الخدمة هو إلتزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أو طبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق بتحقيق غاية. ولا يستطيع المورد التخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى الممثل فى القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور، كحدوث زلزل أو نشوب حرب أو قطع التيار الكهربائى فى كل المنطقة.

---

(1) C. A. Paris, 15 jan. 1991 Juris – Data n 020902

(د) ضمان الصلاحية **Garantie de validité**

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل فى مدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع، فعلى المشترى أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه فى الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره (١).

نظم القانون هذا الضمان، إلا أنه ذو طبيعة إتفاقية محضة سواء فى نشأته أو فى مضمونه. جاء التطور التقنى الحديث وما صحبه من تغير فى نظام الإنتاج والتوزيع ليبرز أهمية هذا الضمان، حيث إحتل مكانة هامة فى عمليات بيع وتوزيع الأجهزة والآلات الحديثة التى غالبا ما يجد المشترى لها نفسه عاجزا عن تفهم مكنونها، قلقا إزاء تعطلها وصلاحيتها للعمل، خاصة إذا كان المشترى مستهلكا عاديا إستغلت فيه شركات الإنتاج والتوزيع هذا القلق وقدمت له الضمان المذكورة كميزة إستثنائية على سبيل الدعاية التى تغرى بشراء السلعة، علما بأنه يدفع مقابل هذه الميزة ضمن الثمن المتفق عليه.

إن الطابع الإتفاقى للضمان يجعله قابلاً للوجود فى أى عقد من العقود (بيع، إيجار، مقاولة ...) وبصدد أى منتج أو سلعة أو خدمة كبرامج الحاسب الآلى، وعن حدوث أى خلل خلال أى فترة وطبقاً للشروط المتفق عليها، ويغلب اللجوء إليه فى المعاملات الحديثة لجذب المستهلك حيث يتعهد المنتج أو الموزع بإصلاح الخلل أو استبدال المنتج (٢).

ولا شك أن هذا الضمان يتميز عن القواعد العامة فى ضمان العيوب الخفية التى لم تعد تسعف فى تقرير حماية فعالة لمستهلك الأجهزة والآلات والخدمات الحديثة المعقدة، حيث يصعب إعمال هذه القواعد من خلال إثبات شروط العيب الخفى، فغالباً ما يتعذر على العميل، أمام الطبيعة المعقدة للمنتجات والخدمات، إثبات طبيعة الخلل ومعرفة أسبابه. فضمان الصلاحية

---

(١) م ٤٤٥، انظر بحثنا فى ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة، الإسكندرية ١٩٩٥.

(٢) Boneli, Commentary of the intenational Sales law, 2000, 604.

يقيم قرينة بسيطة لصالح المشترى على أن الخلل راجع إلى وجود عيب فى السلعة أو الخدمة، ومن ثم يقع على البائع عبء إصلاحه.

يقوم ضمان الصلاحية إلى جانب ضمان العيوب الخفية، ويمكن اللجوء إلى أى منهما إذا توافرت شروطه(١).

(هـ) **ضمان التعرض والإستحقاق**:

يضمن البائع عدم التعرض للمشترى فى الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل شخص آخر يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشترى. ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان هذا الشخص قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه(٢).

يشمل الضمان كل صور التعرض الصادر من البائع شخصياً: المادى والقانونى، الكلى والجزئى، المباشر وغير المباشر. ويشمل الضمان التعرض القانونى الصادر من الغير. ولا يقتصر هذا الضمان على عقد البيع بل ينطبق على الإيجار والمقاولة، ومن ثم يمكن أن يجد مجال تطبيقه فى المعاملات الإلكترونية التقليدية والحديثة.

ولعل المثال الشهير للتعرض الشخصى هو تصميم برنامج معلومات لشخص معين ثم يقوم بإتلافه من خلال فيروس معين أو بإعادة التصرف فيه لشخص آخر منافس. وكمن يتعهد بتوريد أجهزة أو خدمات معينة (الإشتراك فى النت) لأحد التجار بسعر معين، ثم يقوم بالتعاقد مع تاجر آخر من نفس المنطقة على إمداده بنفس الشئ بسعر منخفض وبجودة أعلى مما يضر بالتاجر الأول.

ومن أمثلة التعرض الصادر من الغير، كمن يدعى أنه وكيل إحدى الشركات ويتولى تقديم الخدمة للعملاء، ثم يتضح عدم أحقيته فى ذلك. ومن

---

(١) C. A. Paris. 16 sep. 1994, Juris – Data n. 022639.

(٢) انظر مؤلفنا فى أحكام البيع، التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، الإسكندرية ٢٠٠٦.

يقوم بتأجير برامج معلومات فيعترض مؤلف البرنامج مستنداً إلى أن المؤجر ليس له سوى حق الإستعمال الشخصى.

إن الإلتزام بضمان التعرض يتمثل فى تحقيق نتيجة هى وجوب وقف التعرض أو دفعه، لذا يتعين إخطار الملتزم بالضمان بمجرد حدوث التعرض، فإذا فشل فى دفعه، إلتزم بتعويض العميل عن كل ما أصابه من ضرر وما فاته من كسب بسبب التعرض أو الإستحقاق الكلى أو الجزئى.

ويجوز للمتعاقدين الإتفاق على زيادة الضمان أو انقاصه أو إسقاطه(١)، ولكن يبطل شرط الإعفاء أو الإنقاص فى حالة تعمد إخفاء حق الغير. ويبطل كل شرط يعفى المورد من الضمان بالنسبة لأعمال التعرض الصادرة من فعله هو. ولكن شرط إسقاط الضمان يرتب أثره كاملا، أى يؤدى إلى إعفاء البائع من كل مسئولية، إذا كان المشترى عالماً عند البيع بسبب الإستحقاق، أو أن يكون المشترى قد إشترى ساقط الخيار(٢).

(و) ضمان الأمان أو السلامة:

- لا شك أن المعاملات الإلكترونية، بما تحمله من أوجه تقنية معقدة تنطوى على الكثير من المخاطر المادية والمعنوية للإنسان، خاصة المستهلك البسيط الذى أصبح فى حاجة ماسة لحمايته من الأضرار التى قد يتعرض لها بصدد التعامل مع التكنولوجيا المتقدمة فى كافة أوجه الحياة.

تقضى القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام(٣).

---

(١) Clauses de non garantie des vices, Aubin, Portwood, les clauses réciproques d'abandon de recours et de garanties Contre le recours de tiers R. D. A. I. 2001, p., 698.

(٢) م ٤٣٩: ٤٤٦ – ٥٧١: ٥٧٥ مدنى.

(٣) م ١٤٨ مدنى.

- وإنطلاقا من تلك القواعد نبع الإلتزام بالأمان أو بالسلامة L'obligation de Securité حيث يلتزم المتعاقد بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر. فالبائع يلتزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب أو نقص فى الصناعة من شأنه أن يستحدث خطرا للأشخاص أو الأموال. يجب أن يكون المبيع بحالة تسمح بإستعماله بشكل طبيعى بما لا يشكل خطراً على أمواله أو حياته، وكذلك الحال بالنسبة لعقد المقاولة وعقد الإيجار. ويمتد هذا الإلتزام ليشمل كافة العقود طالما توافرت شروطه. فإذا نجم عن الإستعمال المألوف للشئ محل التعاقد ضرر، كان للمضرور الرجوع على المورد بالتعويض طبقاً لقواعد المسئولية العقدية، ومن ثم يختلف هذا الإلتزام عن ضمان العيوب الخفية(1).

- ولم يكتف المشرع الفرنسى، والإتجاه الأوروبى(2) بتلك القواعد بل حرص على حماية المستهلك من مخاطر السلع والمنتجات، وأقام نوعاً من المسئولية الموضوعية على عاتق المنتج يترتب عليها التزامه بضمان الضرر الذى يصيب أى إنسان أو مال مادى أو معنوى. ويستفيد من أحكام تلك المسئولية كل مضرور، سواء أكان متعاقداً أو غير متعاقد مع المنتج. ويكفى إثبات علاقة السببية بين العيب فى السلعة والضرر. ويمكن رفع الدعوى على كل من إشترك فى إخراج المنتج وكذلك البائع والمؤجر أو على هؤلاء جميعاً بالتضامن، ما لم يثبت أحدهم أن الجزء الذى أنتجه خال من العيوب(3).

ويمكن للمنتج التخلص من المسئولية بإثبات أن المنتج المعيب غير مخصص للتداول، أو أن العيب قد أصاب المنتج أثناء الشحن والتفريغ أو التخزين، أو بإثبات أن المعرفة العلمية القائمة وقت الإنتاج لم تكن تسمح بإكتشاف العيب، إلا إذا كان المنتج المعيب يمثل عنصراً مرتبطاً بجسم الإنسان

---

(١) جمال زكى، مشكلات المسئولية المدنية جـ ١ ص ٢٢٦.

(٢) القانون ٩٨ – ٣٨٩ الصادر فى ١٩٩٨/٥/١٩ والتوجيه الأوروبى الصادر فى ١٩٨٥/٧/٢٥.

S. Taylor, L'harmonisation communautaire de la res ponsabilité du fait des produits défectueux, 1999, p. 120.

(٣) Securité des consommateurs et responsabilité du fait des produits, Journées d'études Poitiers 14 et 15 mai 1998, Puf, 1998.

أو مشتقا منه. ويمكن الإعفاء كذلك بإثبات أن العيب قد نشأ عن مطابقة المنتج للقواعد التشريعية الآمرة. ويمكن الإعفاء طبقا للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبى كقوة قاهرة أو خطأ المضرور. ولا يجدى التذرع بخطأ الغير فى هذا الشأن. ولا يجدى أيضا إثبات أن المنتج قد تم تصنيعه وفقا للمعايير القائمة أو بعد الحصول على موافقة إدارية بالتصنيع. وأخيرا لا يجوز الإتفاق على الإعفاء من هذه المسئولية.

يستطيع المضرور رفع دعواه بطلب التعويض خلال ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر وشخص المنتج. وتسقط الدعوى، فى جميع الأحوال، بمضى عشر سنوات من تاريخ تداول المنتج(١).

- ولسنا فى حاجة إلى أهمية تأكيد هذا التطور التشريعى العالمى فى مجال المعاملات الإلكترونية التى تتسم بالطابع الدولى، ومن ثم تبدو ضرورة تطوير التشريع المصرى لحماية المستهلك الوطنى حتى ينسجم مركزه القانونى مع المتعامل معه فى الدول المختلفة، خاصة وأن جل هذه المعاملات تتسم بعدد كبير من المخاطر المادية والمعنوية، سواء فى مجال السلع والمنتجات أو فى مجال الخدمات. مثل المركبات الكيمائية وبرامج المعلومات التى هيمنت على كل أوجه النشاط الإنسانى فى المصانع والشركات والطيران والمستشفيات، وما يمكن أن ينتج عن أى خلل فيها من أضرار فادحة بالإنسان والمجتمع.

(ى) الضمان الالكترونى:

يتعلق الأمر بالمعاملات ذات المواضيع أو الأساليب الالكترونية، مثل المعلوماتية والخدمات والبرمجيات والفضائيات والاتصالات والاعلانات الالكترونية، فهى ترتبط فى معظمها بشبكة الانترنت التى تتسم بالعالمية والانفتاح ويصعب السيطرة عليها ومن ثم فهى تنطوى على كثير من المنافع والمخاطر.

---

(١) ويتعين الإشارة إلى المسئولية الجنائية عن المنتجات المعيبة.

يلتزم مقدم الخدمة، كقاعدة عامة، بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتنقية filtrage المواد المحملة على الشبكة، بتحديد برامج تصنيف تلك المواد بين الممنوع والمسموح والمحايد، ويختار منها صاحب الشأن ما يشاء، والالتزام باحترام السرية وتوعية العملاء ومنع الدخول إلى المواقع غير المرغوب فيها، والحق فى فحص وتصحيح مضمون الوثائق التى تبث على الشبكة، واستبعاد كل مستخدم يخالف الالتزامات القانونية والعادات المرعية، وحق إختيار نوعية المناقشات والأخبار التى تبث على الموقع.

ولكن الواقع العملى يكشف عن بيئة ضخمة ومعقدة يصعب أحكام قبضة الأمن والمراقبة والتحكم بشأنها، حيث تزدهر عمليات القرصنة الفكرية وسرقة المعلومات المعالجة إلكترونياً والأموال والاعتداء على حقوق ومصالح وقيم مشروعة للغير، مثل التلاعب بحسابات المصارف والتعرض لحرمة الحياة الخاصة وتزوير العلامات التجارية وتخريب البرامج وتدمير المواقع، وبث الأمور التى تهدد الأمن وتخدش الحياء العام بما يسيئ إلى قواعد النظام العام وحسن الآداب.

ومن هنا تبدو أهمية الضمان الالكترونى ومجالاته، مثل ضمان مشروعية المضمون المعلوماتى الذى يتم بثه على الشبكة، وضمان صحة المعلومة التى يحصل عليها العميل من بنك المعلومات، وضمان برامج الحاسب الآلى حيث أصبحت تدخل فى مجالات عديدة من شئون الحياة المعاصرة مثل تنظيم علم الدوائر الكهربائية وتشغيل المصانع والآلات والأجهزة الطبية ووسائل النقل الجماعى، كالطائرات والسفن، ومن ثم فإن أى خلل فى عمل البرامج يمكن أن تنجم عنه مخاطر جسيمة للاشخاص والأموال[1].

يرد الضمان على ملائمة وصلاحية البرنامج أو الجهاز وخلوه من الفيروس، سواء فى مرحلة إنتاجية أو تسويقية أو إستعماله، إن الفيروس هو برنامج يتسم بالقدرة التدميرية والتخريبية، كالاتلاف والحذف والتعديل والنسخ، لذا ظهرت البرامج المضادة والمقاومة له.

---

(١) Renard, Les Contrats des recherché, 2002, p. 85.
Hubert, le Contrat d'ingéniérie – Conseil, 2003, p. 185.

فإذا تبين أن الأجهزة أو البرامج غير صالحة أو مصابة بالفيروس كان للعميل حق الرجوع على المورد بالضمان، وكذلك الحال بالنسبة لعدم فعالية برامج الحماية من الفيروس.

الفصل الخامس

الالتزام بدفع المقابل فى العقد الدولى

يلتزم المتعاقد بتقديم سلعة أو منتج أو خدمة نظير مقابل معين يتعين الوفاء به. هذا الوفاء Paiement يتسم، فى المعاملات الإلكترونية، بطابع مميز، ويأخذ صورا متعددة. وعلى ذلك نعرض لمضمون الالتزام بالوفاء، ثم نبين مفهومه قبل التعرف على صوره.

المبحث الأول

مضمون الالتزام بالوفاء

(أ) تحديد المقابل:

- يتم تحديد مقابل المنتج أو الخدمة أو السلعة فى العقد. يحظى الإتفاق على تحديد المقابل وتنظيمه بإهتمام بالغ فى المعاملات الإلكترونية، حيث يعد ركناً جوهرياً فى العقد من جهة ومناط الوفاء بالإلتزام المقابل من جهة أخرى، خاصة وأن الوفاء بالإلتزامات يتم غالباً عن بعد عبر الطرق الحديثة.

- ويكون المقابل، عادة، مبلغاً من النقود بعملة معينة، هذا المقابل يعد ركناً جوهرياً فى عقد البيع لا يقوم بدونه، أما فى العقود الأخرى (الإيجار أو المقاولة)، فإن عدم التحديد لا يبطل العقد، بل يكون قابلاً للتحديد عن طريق القضاء(١)، الذى يملك سلطة مراقبة التعسف فى تحديده من قبل المورد(٢)، وإبطال الشروط التعسفية، حماية للمستهلك، التى تقضى بتحديد المقابل عند التسليم(٣).

- ويشمل التحديد، كقاعدة عامة، المقابل الفعلى بالإضافة إلى رسوم الشحن والتوصيل والضرائب المستحقة والجمارك، ما لم يتفق على غير ذلك، وفى حالة عدم الإتفاق على تلك المسائل، فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة.

- ويتم الإلتزام، كقاعدة عامة، بالأسعار المحددة وقت إبرام العقد أو الطلب، إلا أنه يمكن إجراء تعديل فى عدة حالات:

الأولى: إذا احتفظ المورد بحقه فى تغيير الأسعار، حيث يجرى العمل، مثلاً، على النص فى دليل المركز التجارى الإلكترونى على أننا نحتفظ بالحق

---

(١) CA Paris 7 déc. 1994, Juris – Data n. 04974.

(٢) Cass. Civ 27 déc. 1995, J. C. p. 1996 n. 22566 note Ghestin.

(٣) A. Bensoussan. Informatique. p. 181.

فى تعديل الأسعار فى أى وقت، أما بالنسبة للطلبات التى تم قبولها فإننا نلتزم بالأسعار المحددة، وقت الطلب"[١].

الثانية: إذا طلب العميل إدخال تعديلات معينة أو إضافة طلبات جديدة أو تسبب بخطأه فى زيادة النفقات.

الثالثة: يحتفظ مقدم الخدمة فى عقود الخدمات، مثل الإشتراك فى قواعد المعلومات أو شبكة الإنترنت أو المحمول أو الفضائيات، بحقه فى إعادة تقدير المقابل على ضوء المستجدات أو تقديم خدمات إضافية، وفى نفس الوقت يحتفظ العميل بالحق فى فسخ العقد عند زيادة مقابل الإشتراك.

(ب) أحكام الوفاء:

- يتم الوفاء بالعملة المتفق عليها. وفى حالة عدم الإتفاق، فإن الوفاء يتم بعملة دولة المدين، حيث ينبغى تفسير الشك لصالحه ويتحمل الدائن تبعة عدم التحديد[٢].

- ويتم الوفاء فى المكان والزمان المحددين فى الإتفاق. ويجرى العمل على تحديد ذلك بدقة بالغة. وإلا تم إعمال القواعد العامة التى تقضى فى حالة عدم وجود إتفاق بوجوب الوفاء بالثمن فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع. ويتعين دفع المقابل عند تسلم العمل. ويجب دفع الأجرة فى المواعيد التى يعينها العرف[٣]. وقد يتم الوفاء جملة واحدة أو على دفعات أو أقساط متتالية.

يكون الثمن مستحق الوفاء فى مكان تسليم المبيع أو فى مكان موطن المشترى وقت استحقاق الثمن، أو موطن العميل، أو موطن المستأجر، إعمالا

---

(١) فهناك ما يسمى بشرط تخفيض الأسعار Clause de refaction de prix وهناك شرط الوفاء المسبق Clause de remboursement anticipé وهناك شرط إعادة النظر فى شروط العقد أو السعر Clause de revision du prix

(٢) Cass. Civ. 13 oct. 1993, RJDA 1994 n. 17.

(٣) م ٤٥٧، ٥٨٦، ٦٥٦ مدنى.

لمبدأ الدين مطلوب وليس محمول، حيث يتم الوفاء فى موطن المدين، ما لم يتفق على عكس ذلك[1].

- يتم الوفاء من خلال عدة أساليب، مثل الإيداع فى الحساب الجارى والوفاء مقابل مستندات أو بموجب أوراق مالية تجارية أو الاعتمادات المستندية. ولعل الأحدث والأكثر شيوعاً وتطوراً فى العصر الحديث هو الوفاء الالكترونى الذى سنعرض له.

(جـ) صور المقابل:

إن المقابل فى العقد الدولى وبصفة خاصة المتعلق بنقل التكنولوجيا يطلق عليه أحياناً الثمن أو السعر أو الأجر أو التعويض أو الأتعاب أو العوائد أو التكلفة أو الدخل أو الإيراد أو المصاريف أو العمولة أو الاتاوة. وبصفة عامة فإن المقابل يأخذ أحد صور ثلاث:

أولا: المقابل النقدى: يلتزم المتلقى بدفع مبلغ من النقود للمورد كمقابل للمعرفة الفنية التى تلقاها منه. يتم تحديد هذا المبلغ بصورة جزافية، يكون دفعة واحدة أو على دفعات يتم الاتفاق على مواعيدها.

وقد يتمثل فى نسبة دورية يجرى تحديدها بالاتفاق أو طبقا للعادات والأعراف التجارية السائدة. وتلك النسبة قد ترتبط بالمبيعات بغض النظر عن تحقق أرباح من عدمه، وقد يتم سداد المقابل على أساس نسبة دورية من الأرباح.

ويمكن أن يكون المقابل مزيج من المبلغ الاجمالى والمبلغ الدورى، فيتم دفع المبلغ عند التعاقد، بالإضافة إلى نسب دورية تدفع لاحقاً.

ويمكن أن يتمثل العقد فى تقديم خدمات ومساعدات فنية مقابل أجر أو مرتب أو أتعاب أو مصاريف تدريب إلى غير ذلك.

---

(١) م ٤٣٦، ٤٣٧ مدنى. أنظر مؤلفنا فى أحكام الإلتزام، الإسكندرية ٢٠٠٣.

ثانيا: المقابل العينى: مثل الحصول على حصة من الانتاج أو مما يتوفر فى دولة المتلقى من مواد أولية لازمة للمورد مثل البترول والمعادن المستخرجة.

ثالثا: المقابل مقايضة: يمكن الاتفاق على عملية مقايضة للتكنولوجيا بأخرى فيما بين الدول والشركات، أو مقايضة التكنولوجيا بمواد خام لدى الدولة(١).

وتطبيقا لذلك تنص المادة (٨٢) من قانون التجارة المصرى على أن:

١- يلتزم المستورد بدفع مقابل التكنولوجيا والتحسينات التى تدخل عليها فى الميعاد والمكان المتفق عليهما.

٢- يجوز أن يكون المقابل مبلغاً إجمالياً يؤدى دفعة واحدة أو على دفعات متعددة، كما يجوز أن يكون المقابل نصيباً من رأس المال المستثمر فى تشغيل التكنولوجيا أو نصيباً من عائد هذا التشغيل.

ويجوز أن يكون المقابل كمية معينة من السلعة التى تستخدم التكنولوجيا فى إنتاجها أو مادة أولية ينتجها المستورد ويتعهد بتصديرها إلى المورد.

---

(١) Rendle Berger, American business abroad, p. 25.

المبحث الثانى

مفهوم الوفاء أو الدفع الالكترونى

(أ) أهمية الدفع الالكترونى:

إتسع نطاق التجارة الالكترونية وتشعبت أنواعها ومجالاتها وتعددت التشريعات الدولية المنظمة لها. وأصبحت صناعة المعلومات المجال الخصب لجذب الاستثمارات خصوصاً مع تحقيق التزاوج بين المعلوماتية وأدوات الإتصال اللاسلكية، ولعبت المعلوماتية دوراً هاماً فى تغيير محل التجارة الالكترونية ووسائل تحقيقها، حيث تم إستبدال الوثائق التقليدية اليدوية المكتوبة بالوثائق الالكترونية والتوقيع الإلكترونى، وتضاءل دور النقود الورقية والدفع التقليدى أمام إزدهار النقود والدفع الإلكترونى.

إن النقود هى الوسيلة الرئيسية لتسوية المعاملات المالية. وقد يتم دفع النقود نقداً فى صورة سائلة أو بوسيلة بديلة كالشيك. ولا تصلح تلك الوسائل المادية فى تسهيل التعامل الذى يتم عن بعد فى بيئة غير مادية، كالعقود الالكترونية التى تبرم عبر شبكة الإنترنت، حيث تتوارى المعاملات الورقية، من هنا كانت أهمية إبتكار أسلوب سداد يتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية، لهذا كان الدفع الالكترونى.

يمكن للعميل الوفاء بمقابل السلعة أو الخدمة بنفس الطرق التقليدية المتبعة فى التعاقد بين غائبين. مثل إرسال شيك، أو رقم الكارت البنكى عن طريق البريد أو من خلال فاكس، أو إرسال البيانات الخاصة بحسابه البنكى، حيث يستطيع العميل من خلال هذه البيانات إقتطاع الثمن من حساب العميل. ولكن هذه الوسائل لا تتفق وخصوصية التجارة الالكترونية ومقتضيات السرعة فيها، فضلاً عن أنها تنطوى على مخاطر فض سرية رقم الحساب والكارت

البنكى وسوء إستخدامهما، لذا كانت أهمية اللجوء إلى الدفع الالكترونى من خلال شبكة إتصال لاسلكية موحدة عبر الحاسب télématique (1).

(ب) خصائص الدفع الإلكترونى:

يتميز الدفع الإلكترونى بعدة خصائص رئيسية هى:

١- يتسم الدفع الإلكترونى بالطبيعة الدولية، أى أنه وسيلة مقبولة من جميع الدول. حيث يتم إستخدامه لتسوية الحساب فى المعاملات التى تتم عبر فضاء إلكترونى بين المستخدمين فى كل أنحاء العالم.

٢- يتم الدفع من خلال إستخدام النقود الإلكترونية. وهى قيمة نقدية يتضمنها كارت به ذاكرة رقمية أو الذاكرة الرئيسية للمؤسسة التى تهيمن على إدارة عملية التبادل.

٣- يستخدم هذا الأسلوب لتسوية المعاملات الالكترونية عن بعد. حيث يتم إبرام العقد بين أطراف متباعدين فى المكان، ويتم الدفع عبر شبكة الإنترنت، أى من خلال المسافات بتبادل المعلومات الإلكترونية بفضل وسائل الإتصال اللاسلكية. يتم إعطاء أمر الدفع وفقاً لمعطيات إلكترونية تسمح بالإتصال المباشر بين طرفى العقد.

٤- يتم الدفع الإلكترونى بأحد أسلوبين:

الأول: من خلال نقود مخصصة سلفاً لهذا الغرض، ومن ثم فإن الدفع لا يتم إلا بعد الخصم من هذه النقود، ولا يمكن تسوية معاملات أخرى عليها بغير هذه الطريقة. ويشبه ذلك العقود التى يكون الثمن فيها مدفوعاً مقدماً.

الثانى: من خلال الكروت البنكية العادية، حيث لا توجد مبالغ مخصصة مسبقاً لهذا الغرض، بل إن المبالغ التى يتم السحب عليها بهذا الكارت قابلة للسحب عليها بوسائل أخرى كالشيك لتسوية أى معاملات مالية.

---

(١) Lucas de Leyssac, le paiement en ligne, J. C. P. Ed. G. 2002, p. 477.

٥- يلزم تواجد نظام مصرفى معد لإتمام ذلك، أى توافر أجهزة تتولى إدارة هذه العمليات التى تتم عن بعد لتسهيل تعامل الأطراف وتوفير الثقة فيما بينهم. وتتولى البنوك، بصفة أساسية، عبء القيام بهذه المهمة، بالإضافة إلى منشآت أخرى يتم إنشائها خصيصا لهذا الغرض.

٦- يتم الدفع الإلكترونى من خلال نوعين من الشبكات:

الأول: شبكة خاصة يقتصر الاتصال بها على أطراف التعاقد، ويفترض ذلك وجود معاملات وعلاقات تجارية ومالية مسبقة بينهم.

الثانى: شبكة عامة، حيث يتم التعامل بين العديد من الأفراد لا توجد بينهم قبل ذلك روابط معينة(١).

(جـ) تأمين الدفع الإلكترونى:

- إن الدفع الإلكترونى عملية مصرفية دولية متعددة الأطراف، تتم عبر فضاء معلوماتى مفتوح، مما يغرى ضعاف النفوس بالدخول على سوق بطاقات الائتمان لتزويرها أو إساءة استخدامها فى النصب على التجار والبنوك، وقد يتم السطو على رقم الكارت أثناء الدفع.

- وتتعدد صور الإعتداء وإساءة الاستعمال فى هذا الصدد، وتتغير تلك الصور بتغير أساليب الأمان المتبعة فى هذا المجال، ولعل أبرز هذه الصور فى الوقت الراهن:

١- إساءة استعمال حامل البطاقة لها، كالحصول عليها بناء على مستندات مزورة، إستعمالها رغم إنتهاء مدتها أو إلغاء البنك لها، تجاوز حد السحب بالتواطؤ مع الموظف أو التاجر أو التحايل على نقاط البيع العاملة خارج الخط، استخدام خدمات نقاط البيع الإلكترونية فى إيداع شيكان بدون رصيد بحيث تضاف قيمة الشيك إلى قيمة الحساب الأصلى،

---

(١) Huet, Aspects juridques de paiement, JCp 1991. 1. 3024. Espagnon, le paiement d'une somme sur internewt, JCP 1999, p. 1131.

ثم يلجأ العميل لتحصيل قيمة هذه الشيكات بواسطة نقطة البيع الإلكترونية، قبل تمام المقاصة بين البنوك بعضها البعض.

٢- إساءة استعمال البطاقات البلاستيكية من قبل الغير، وذلك فى حالة سرقة أو ضياع البطاقة أو الرقم السرى الخاص بها. يقوم الغير بتزوير بطاقات الدفع أو السحب عن طريق بطاقات إئتمان مسروقة، وإستبدال ما بها من بيانات. وقد يتم التواطؤ مع صاحب البطاقة حيث يتركها للغير لإستعمالها فى السحب وتزوير توقيعه، ثم يقوم بالإعتراض على عمليات السحب ويطعن بالتزوير على توقيعه حتى لا يخصم المبلغ المسحوب من حسابه الخاص.

٣- قد يتم التلاعب من موظفى البنك المصدر للبطاقة أو عن طريق التجار أو عن طريق شبكة الإنترنت، كتخليق أرقام البطاقات، وخلق مواقع وهمية لإستقبال المعاملات المالية الخاصة بالموقع الحقيقى(١).

- لكل ذلك يتم اللجوء إلى وسائل أمان فنية لتوفير الثقة بين المتعاملين وضمان فعالية تلك الوسيلة فى الدفع لتيسير وإزدهار التجارة الإلكترونية. وتتولى الجهة التى تقدم خدمة الدفع الإلكترونى هذه المهمة، حيث يتم تحديد الدائن والمدين وأطراف العملية التى تتم بطريقة مشفرة من خلال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكى على الشبكة. ويتم عمل أرشيف، يسهل الرجوع إليه، للمبالغ التى يتم السحب عليها بهذه الطريقة(٢). وهذا ما يطلق عليه نظام المعاملات الالكترونية الآمنة Secure Electronic (SET) Transaction.

- يحقق هذا النظام عدة ضمانات أساسية أهمها: التكاملية، أى ضمان أن الرسالة المرسلة هى الرسالة المستقبلة عن طريق البصمة الرقمية، وسرية المعاملة من خلال تشفير محتوى الرسالة، والتحقق من شخصية صاحب

---

(١) Reboul, le commerce éléctronique, 1997, P. 148. Vivant, lamy droit de l'informatique, 2000, p. 150.

(٢) Vasseur, Le Palément ékéctronique, J. C. P. 1985, p. 3206.

بطاقات الإئتمان وشخصية البائع. يقوم البنك بإتخاذ الإجراءات المالية وإخطار الطرفين بإتمام المعاملة(١).

---

(١) Salaun, Les paiements éléctroniques, 1999, p. 19.

المبحث الثالث

أنواع الدفع الإلكتروني

إن التقدم التكنولوجي في عالم الإنترنت والإقبال المتزايد للأفراد والمشروعات على الحاسب الآلي والمعلوماتية كان وراء ميلاد المعاملات والتجارة الإلكترونية عن بعد، وظهور مشكلة الوفاء والبحث عن سبل تسوية تلك المعاملات، إن وسائل الدفع الإلكتروني عديدة وسريعة التطور. ونعرض لأهم أنواعها:

(أ) **التحويل الإلكتروني:**

تتمثل هذه الطريقة في القيام بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن télévirement. ويتولى ذلك الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الإلكتروني ، وهي غالباً البنك.

(ب) **البطاقات البنكية (النقود البلاستيكية):**

وهي البطاقات البلاستيكية والمغناطيسية التي تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها بدلاً من حمل النقود، وأشهرها الفيزا (Visa)، والماستر كارد (Master Card) و (American Express). وهناك عدة أنواع من هذه البطاقات لعل أهمها:

١- بطاقات السحب الآلي (Cash Card)، يمكن للعميل بمقتضاها سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه.

٢- بطاقات الشيكات (Cheque guarantee Card): ويتعهد فيها البنك بسداد الشيكات التي يحررها العميل بشروط معينة.

٣- بطاقات الدفع (Debit Card): وتخول حاملها سداد مقابل السلع والخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حساب العميل إلى حساب التاجر.

٤- بطاقات الإئتمان (Credit Card): ويمنح فيها البنك لحاملها تسهيلاً إئتمانياً، حيث يستطيع إستعمالها للحصول على السلع والخدمات، ويتولى البنك السداد، ثم يقوم الحامل بسداد دفعه البنك مع الفوائد خلال أجل متفق عليه. ولا تمنح البنوك هذه البطاقات إلا بعد التأكد من ملاءة العميل أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية.

٥- بطاقات الصرف البنكى (Charge Cards): وهى وسيلة من وسائل الدفع الإلكترونى لدى البنوك الإلكترونية، ويطلق عليها بطاقات الصراف الآلى (ATMS)، ولا تتجاوز فترة الإئتمان فى تلك البطاقة مدة الشهر، حيث يتعين على العميل السداد أولاً بأول خلال الشهر الذى يتم فيه السحب.

٦- البطاقات الذكية (Smart Cards): وهى رقيقة إلكترونية فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بعميلها، فهى كمبيوتر متنقل، وتمثل حماية كبيرة ضد التزوير وسوء الإستخدام، حيث تتيح لأجهزة قراءة البطاقات التى توضع فى المواقع التجارية التدقيق فى تفاصيل الحسابات المالية لصاحبها.

٧- بطاقات الموندكس (Mondex Cards): وهى مثال للبطاقة الذكية، وتتسم بمرونة كبيرة فى الإستخدام، حيث تجمع بين مميزات النقود الورقية التقليدية وبطاقات الدفع الإلكترونى الحديثة، ويمكن إستخدامها كبطاقة إئتمانية أو بطاقة خصم فورى طبقاً لرغبة العميل أى كبديل للنقود فى كافة عمليات الشراء، حيث يتم الخصم الفورى من حساب البطاقة وإضافة القيمة إلى حساب التاجر المدون على ذاكرة إلكترونية داخل نقطة البيع. تسهل تلك البطاقة العمليات التجارية لسهولة إدارتها مصرفياً بضوابط أمينة محكمة تتيح لحاملها إجراء العمليات المصرفية دون اللجوء إلى فروع البنوك، حيث يمكن التحويل من رصيد البطاقة إلى رصيد بطاقة أخرى، والسحب من رصيد الحساب

الجارى العميل إلى رصيد البطاقة من خلال آلات الصرف الذاتى أو التليفون[1].

(ج) الوسائط الإلكترونية المصرفية:

تطورت النقود، مع تطور الأساليب التكنولوجية الحديثة، وظهرت بشكل مستحدث فى صورة وسائل الكترونية يتم تداولها من خلال عدة أشكال أهمها:

١- الهاتف المصرفى Phone Bank: وهو نوع من تطور الخدمات المصرفية المقدمة للعملاء، يعمل ٢٤ ساعة طوال العام بلا أجازات. يستطيع العميل برقم سرى خاص سحب مبالغ من حسابه وتحويلها لسداد الكمبيالات والفواتير المطلوبة، وكذلك الحصول على قروض وفتح إعتمادات مستندية. ويوجد إتصال مباشر بين الكمبيوتر الخاص بالعميل وكمبيوتر البنك، ويعمل بواسطة شاشة لدى العميل فى منزله. وهكذا يختفى المفهوم التقليدى للبنك الثابت ويصبح عبارة عن رقم مخزن فى ذاكرة التليفون أو عبارة عن عنوان إلكترونى على شبكة الإنترنت العالمية، ومن ثم يطلق عليه البنك المحمول أو الهاتف المصرفى.

٢- خدمات المقاصة الإلكترونية المصرفية: (Banker's Autmated Clearing Services LTD "BACS") حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية. وظهر نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقى (Real Time Gross Settlement Systems) RTGS الذى يتم فى خدمات مقاصة الدفع الإلكترونية للتسوية الإلكترونية فى المدفوعات بين المصارف، وذلك ضمن نظام المدفوعات الإلكترونية للمقاصة "Clearing House Automated "CHAPS) (Payment System وهو نظام إلكترونى للمقاصة ينطوى على عنصر ايقين حيث تتم المدفوعات فى نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير، وبنفس قيمة اليوم.

---

(١) رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية ١٩٩٩، ص ٤٨.

٣- الإنترنت المصرفى: أتاح إنتشار إستخدامات الإنترنت للبنوك التعامل مع العملاء من خلال خدمات المصرف المنزلى Home Banking، حيث يتم إنشاء مقار لها على الإنترنت بدلاً من المقر العقارى. ومن ثم يسهل على العميل التعامل مع البنك عبر الإنترنت وهو فى منزله، ويمكنه محاورة موظف البنك على شاشة الكمبيوتر، ويتم إجراء كافة العمليات المصرفية[1].

(د) الوسائط الإلكترونية الجديدة:

وهى صور للوفاء للتعامل عبر الإنترنتت ومن أهمها نظام القابض الإفتراضى الأول First Virtai Holging والقابض Incorporated وشيك النت Net cheque.

- والقابض عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى طلبات وبيانات كل منهما ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة، ويتولى مباشرة عملية عرض السلعة أو الخدمة والتسليم والوفاء نظير عمولة معينة.

- الشيكات الإلكترونية: تعتمد هذه الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين ويطلق عليه جهة التخليص Clearing House، وغالباً ما يكون البنك، حيث يتم فتح حساب وتحديد التوقيع الإلكترونى للعميل. يقوم المشترى مثلاً بتحرير الشيك مزيلاً بتوقيعه الإلكترونى ويرسله بالبريد الإلكترونى المؤمن إلى البائع الذى يوقعه كمستفيد إلكترونياً ثم يقوم بإرساله إلى البنك الذى يتولى مراجعته ويخطر كل من الطرفين بتمام إجراء المعاملة المصرفية، أى خصم الرصيد من المشترى وإضافته لحساب البائع[2].

(هـ) النقود الإلكترونية (Electronique money):

وهى نوعان: نقود الكترونية مجسدة monnaie électronique scripturale فى مخزون إلكترونى، ونقود إلكترونية إئتمانية monnaie électronique fiduciaire.

---

(١) Reboul, le commerce éleectronique, 1997, p. 155.

(٢) Thuillier, Paiement numérique sur internet, 1997 p. 245.

١ - نقود المخزون الإلكترونى: يتم تخصيص مبالغ فى حافظة نقود إلكترونية porte monnaie électronique، حيث يتم التخزين على بطاقة لها ذاكرة، تصبح غير قابلة للإستعمال بعد إنتهاء المبالغ المحملة عليها. وهناك حافظة النقود الإفتراضية porte monnaie virtuel، حيث لا يكون المبلغ المخصص بها ثابتاً على بطاقة، بل على ذاكرة كمبيوتر البنك أو الجهة التى تقدم خدمة الدفع الإلكترونى.

يقوم العميل بالحصول على وحدات النقد الإلكترونى من البنك بالكمية التى يرغبها فى صورة وحدات نقد صغيرة ويطلب وضعها فى محفظة النقود التى يختارها. ويتم الوفاء من المشترى إلى البائع من خلال برنامج خاص بإدارة الدفع الإلكترونى يكون لدى الطرفين، حي يتم تحديد وحدات النقد التى سيتم الدفع بها بالرقم الخاص لكل وحدة فى كشف خاص وإرساله إلى البائع عن طريق البنك المصدر للعملة، الذى يتأكد من صحة الأرقام.

٢- النقود الإئتمانية الإلكترونية: ويطلق عليها النقود الرقمية أو الرمزية أو القيمية E. cash وهى تمثل المفهوم الحقيقى للعملة الإلكترونية لسببين:

الأول: تسمح هذه النقود بالوفاء مباشرة بالمقابل النقدى للعقد الإلكترونى عن طريق الإنترنت، وذلك دون حاجة إلى الإتصال بالمتعاقد أو تدخل وسيط، حيث تنقل العملة مباشرة من المشترى إلى البائع دون تدخل البنك أو الجهة التى تعمل على إدارة الدفع الإلكترونى.

الثانى: تتمثل هذه النقود فى سلسلة ، ن الأرقام التى تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو الإفتراضية لعملائها، ويتم الحصول عليها فى صورة نبضات Gits كهرومغناطيسية على كارت ذكى Smart card أو على الهارد لايف CDRom [1].

(١) André. Developments recents en matiére de monnaie-électronique, B. De la Banque de France, n. 72 dec 199 p. 87.

الفصل السادس
ضمانات الوفاء بالمقابل
(وسائل حماية الائتمان)

تزداد أهمية نظرية التأمينات في العصر الحاضر مع إزدياد حجم العلاقات الاقتصادية وتنوعها، ويرتبط إزدهار النشاط التجاري بعنصر الائتمان الذي يلعب دوراً بالغ الأهمية في المعاملات المالية والحياة الاقتصادية بصفة عامة[1].

والائتمان يعني الثقة، ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة (نقود أو بضائع أو خدمات ..) مع الالتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة معينة. ولا يمنح الدائن مثل هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه. وتتبع الثقة في المدين من خلال شخصه ومعاملاته أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه.

ويعد الائتمان وسيلة هامة لتمويل مشروعات الانتاج سواء برؤوس الأموال اللازمة أو البضائع والخدمات، ويتم هذا التمويل مع منح المدين أجلاً للوفاء به، ويقتضي منح هذا الأجل الثقة وتقديم الضمان أو التأمينات التي تطمئن الدائن في الحصول على حقه. لذا تعد التأمينات خطوة إيجابية نحو إنتعاش وإستقرار العلاقات المالية بين الأفراد حيث تؤمنهم من مخاطر الائتمان التي تهددهم وما قد يستتبع ذلك من تقليص حجم التعامل وركود الاقتصاد القومي.

وأمام الحاجة الماسة للائتمان، وعجز نظم التأمينات التقليدية عن تغطيته، بحث الدائنون على ضمانات أخرى إضافية أو بديلة.

تم اللجوء إلى الحماية الجنائية عن طريق تحرير شيكات بالمديونية، وإنقلب الشيك من وسيلة وفاء إلى أداة إئتمان مما حدا بالمشرع إلى التدخل وإعادة الأمور إلى نصابها، وأصبح الشيك مستحقاً بمجرد الاطلاع بغض النظر

---

(١) أنظر مؤلفنا في النظرية العامة للائتمان ٢٠١.

عن التاريخ، وتم وقف التعامل بالشيكات غير البنكية. فقد الشيك دوره فى حماية الائتمان مما دفع البعض إلى التشبث بالحماية الجنائية من خلال تحرير إيصالات أمانة بالمديونية، لكن القضاء يتشدد فى إعتبار تلك المحررات على سبيل الأمانة أمام وضوح طابع الصورية فيها.

ترتب على ذلك حتمية اللجوء إلى الحماية المدنية والبحث عن سبل بديلة للتأمينات التقليدية تتسم بالسرعة والمرونة والفاعلية الواجبة للمعاملات الجارية.

نعرض بادئ ذى بدء للضمان العام للدائنين ووسائل حمايته والمراكز المتميزة لبعض الدائنين، مع الإشارة إلى التأمينات الشخصية والعينية، ثم نبين الضمانات الأخرى لحماية الائتمان.

المبحث الأول

الضمان العام للدائنين

(أ) الضمان العام على أموال المدين:

تعتبر أموال المدين هى الضمان العام للدائنين بمعنى أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، فإذا لم يف المدين بالتزامه، كان للدائن، أن يقتضى حقه بالتنفيذ الجبرى على أى مال من أموال المدين.

ويتميز الضمان العام بخصيصتين رئيسيتين هما:

الأولى: أنه عام يرد على كل أموال المدين، ولا ينصب على مال معين بالذات، وعلى هذا يستطيع الدائن أن يستوفى حقه بالتنفيذ على أى مال من الأموال المملوكة للمدين وقت نشوء الدين، أو أية أموال أخرى يكسبها المدين بعد ذلك، هذا باستثناء الأموال التى لا يجوز الحجز عليها.

ويترتب على ذلك حرية المدين، كقاعدة عامة، فى التصرف فى أى مال من أمواله، ويخرج من ذمته لأن حق الدائن لا يرتبط بمال معين بل يرد على أموال المدين كمجموعة واحدة، وتنفذ تصرفات المدين فى حق الدائنين، دون أن يكون لهم الاعتراض على هذه التصرفات، أو سلطة تتبع المال المتصرف فيه فى يد من انتقل إليه. وقد يترتب على تصرفات المدين زيادة أمواله وتقوية الضمان العام، وقد يكون من شأن هذه التصرفات إنقاص أموال المدين وإضعاف الضمان مما يضر بحقوق الدائنين.

الثانية: أنه مشترك بين سائر الدائنين، أى أن جميع الدائنين متساوون فيما لهم من الضمان العام. فلا يمتاز أحدهم عن الآخرين. فكل أصحاب الحقوق الشخصية سواسية فى هذا الشأن، أى لا أولوية لأحدهم على الآخر، لا فرق فى ذلك بين دائن نشأ حقه فى تاريخ متقدم ودائن نشأ حقه فى تاريخ لاحق[1].

---

(١) انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الإسكندرية ٢٠٠٥، ص ٢٢٥.

مؤدى ذلك أن الدائنين تكون لهم نفس المرتبة فى استيفاء حقوقهم، فإذا اتسعت لهم جميعاً أموال المدين، استوفوا حقوقهم كاملة، أما إذا لم تكف أموال المدين للوفاء بجميع ديونه، فإنهم يتقاسمونها كل بنسبة حقه، أى أن الأموال تقسم بين الدائنين قسمة غرماء بحيث يستوفون ديونهم من جميع أموال المدين بنسبة مقدار دين كل واحد منهم.

ويترتب على ذلك أنه إذا كان المدين معسراً، فإن الدائن لن يحصل إلا على جزء من حقه، وإذا تخلف أحد الدائنين أو بعضهم، فلن يتبقى له شيئا من أموال المدين للتنفيذ عليه لأن هذه الأموال سيكون قد تم توزيعها على الدائنين المتقاسمين.

(ب) وسائل حماية الضمان العام:

قرر المشرع للدائن عدة وسائل لحماية الدائنين من التصرفات التى قد يجريها المدين إضراراً بحقوقهم.

أولاً: يجوز للدائن اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية أو الاحتياطية، كتوقيع الحجز التحفظى على أموال المدين، أو التدخل فى إجراءات قسمة المال الشائع المملوك لمدينه، وطلب اتخاذ بعض الاحتياطات للتحفظ على تركة المدين، ووضع الأختام على أموال المدين أو تحرير محضر جرد بها عند موته أو إفلاسه.

ثانياً: هناك عدة طرق وضعها القانون أمام الدائن للمحافظة على الضمان العام.

١- الدعوى غير المباشرة: التى تهدف إلى حماية الدائن من تقصير مدينه عن طريق تمكين الدائن من أن يباشر بنفسه حقوق المدين ودعاواه نيابة عنه، فإذا كان للمدين مثلاً حق فى مطالبة الغير بتعويض عن ضرر أصابه أو أهمل فى هذه المطالبة، استطاع أحد دائنيه أن يقوم بذلك مكانه، فاستعمال الدائن حقوق مدينه على هذا الوجه يقصد به المحافظة على أموال المدين تمهيداً للتنفيذ

عليها، فالدعوى غير المباشرة تعد وسيلة لحماية حق الدائن في الضمان العام من أن ينتقص نتيجة قعود المدين عن إستعمال بعض حقوقه أو المطالبة بها.

٢- الدعوى البوليصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف: وتشترك مع الدعوى غير المباشرة في الهدف، ألا وهو المحافظة على أموال المدين، ولكن في حين أن الدعوى غير المباشرة يقصد منها تأمين الدائن ضد خطر إهمال المدين وتقصيره، فإن الدعوى البوليصية تهدف إلى حماية الدائن من خطر أكبر ألا وهو تصرفات المدين التي يجريها إضراراً به، كأن يقوم ببيع أمواله بثمن بخس ثم يقوم بتهريب ما قبض من ثمن وذلك فراراً من تنفيذ الدائنين على المال.

٣- دعوى الصورية: التي يستطيع بها الدائن أن يقي نفسه غش المدين المتمثل في محاولة إبعاد بعض أمواله، عن طريق إبرام تصرفات صورية، عن ضمان الدائنين، فيمكن للدائن أن يطعن في هذه التصرفات ليستبقي المال الذي خرج ظاهرياً، في ذمته تمهيدا للتنفيذ عليه بحقه.

٤- يستطيع الدائن طلب شهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء، وذلك بغل يده عن التصرف في أمواله بصورة تضر الدائنين، ومنعه من القيام بإجراء يفضل أحدهم عن الآخرين.

(جـ) عدم كفاية الضمان العام ووسائله لحماية الدائنين:

١- إن الضمان العام لا يقدم للدائن الحماية الكافية والتأمين الكامل لاستيفاء حقه الذي قد يضيع كلياً أو جزئياً بسبب إعسار المدين أو بسبب مزاحمة باقي الدائنين له في إستيفاء حقوقهم، أو لمجرد تخلفه لسبب أو لآخر عن المشاركة في التنفيذ على أموال المدين. أضف إلى ذلك أن الضمان العام لا يقي الدائنين مخاطر التصرفات الضارة التي قد يجريها المدين ويترتب عليها إنقاص حقوقه أو زيادة التزاماته.

٢- ولا تكفي الوسائل السابقة التي وضعها القانون تحت تصرف الدائن، فالدعاوى الثلاث (الغيرة مباشرة، البوليصة، الصورية) لا تقي تهاون

المدين فى تقاضى حقوقه أو التصرف فى أمواله غشاً بدائنيه لأن شروط ممارسة هذه الدعاوى كثيرة ومعقدة وصعبة الاثبات خاصة فيما يتعلق بإثبات التواطؤ أو الغش أو الصورية. أضف إلى ذلك أن ما ينتج عن ممارسة هذه الدعاوى لا يستأثر به الدائن الذى باشرها بل يتساوى فيه جميع الدائنين، مما يعرضه إلى الدخول معهم فى قسمة غرماء ولا يحصل بالتالى إلا على جزء من حقه.

٣- وكذلك الحال بالنسبة لنظام الإعسار حيث يترتب عليه ضمان مساواة الدائنين، إلا أنه لا يضمن للدائن الوفاء الكامل لحقه لأن المال يقسم بين الدائنين قسمة غرماء.

المبحث الثانى

المراكز المتميزة لبعض الدائنين

يوجد الدائن العادى، أحيانا، فى مركز متميز، يمكنه من إستيفاء حقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين له. هذا المركز لا يقصد به تحقيق ضمانة خاصة للدائن ولا يكسبه صفة الدائن الممتاز، بل هو حالة فعلية يوجد فيها الدائن مصادفة، مثل المقاصة والحق فى الحبس والدعوى المباشرة.

١ـ الدعوى المباشرة:

حيث يخول المشرع الدائن، أحياناً، دعوى مباشرة ضد مدين مدينه، ويصبح بمقتضاها دائناً شخصياً لمدين مدينه، وله أن يستأثر بالحق الذى لمدينه فى ذمة مدين المدين. يسعى الدائن بطريقة مباشرة وباسمه الشخصى إلى مدين مدينه يسأله الوفاء بما هو مستحق له، ولكن ليس للدائن أن يطالب المدين بأكثر مما هو مستحق عليه.

تحقق هذه الدعوى للدائن ضماناً أكيداً لأنه يطالب بحق له، ويستأثر بحصيلتها، ويصبح بذلك بمثابة دائن له إمتياز فى إستيفاء حقه من الحق الثابت لمدينه فى ذمة الغير، ولا يشاركه الدائنون الآخرون فى ذلك، وبالتالى يتجنب الدائن خطر إعسار المدين، وكذا خطر مزاحمة الدائنين العاديين له.

ولكن لا توجد نظرية عامة للدعوى المباشرة فى القانون المدنى، فهى لم تتكرر إلا فى مواضع متفرقة بنصوص خاصة، لذا لا يجوز إستعمال هذه الدعوى إلا فى الحالات التى وردت فى التشريع. مثال ذلك علاقة المؤجر بالمستأجر من الباطن، وعلاقة المقاول من الباطن والعمال مع صاحب العمل، وعلاقة الموكل بنائب الوكيل.

٢ـ المقاصة:

حيث تفترض أن المدين قد صار دائنا لدائنه، ومن ثم تجتمع فى كل من طرفى الالتزام صفة الدائن والمدين فى نفس الوقت، فينقضى الدينان بقدر الأقل

منهما. وللمقاصة وظيفة مزدوجة، فهى أداة وفاء وأداة ضمان، حيث تحقق نوعاً من الضمان للدائن، لأنها تمكنه من إستيفاء حقه مما يجب عليه لمدينه، وهو بذلك يتفادى مخاطر إعسار المدين ومزاحمة باقى الدائنين له، ويتجنب مشاركتهم له، ومن ثم فهو يتمتع بنوع من الأولوية والتقدم عليهم. ولكن لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بالحقوق التى كسبها الغير. مثال ذلك الدائن الذى يسبق فى توقيع الحجز تحت يد المدين.

٣-١ الحق فى الحبس Droit de retention:

يستطيع الدائن أن يحبس المال أو الشئ الموجود تحت يده للمدين حتى يستوفى حقه المرتبط بهذا الشئ، فهو ضمان خاص أعطاه القانون لكل دائن يكون مديناً فى ذات الوقت لمدينه. يفترض الحق فى الحبس أن هناك شخصين أحدهما يحوز شيئاً عليه أداؤه للآخر، وله فى نفس الوقت حق عليه مرتبط بالتزامه هذا، فيكون له أن يحبس الشئ الذى يلتزم بأدائه حتى يستوفى حقه. مثال ذلك حبس البائع الشئ المبيع حتى يستوفى الثمن، وأن يحبس المودع لديه الوديعة حتى يتقاضى أجره وما أنفقه فى حفظها.

ولكن الحق فى الحبس لا يحقق لصاحبه، من الناحية القانونية، الحماية الكاملة لأن مجرد الحق فى حبس الشئ لا يثبت للحابس أفضلية قانونية فى إستيفاء حقه منه، وبالأولوية، على الدائنين الآخرين. وعلى هذا فإذا قام الدائن الحابس بالتنفيذ على المال المحبوس لاستيفاء حقه فإنه لا يتمتع بأولوية على ثمنه، بل يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين حيث يقتسمون معه الحصيلة قسمة غرماء. ولكن الحابس يوجد، من الناحية الواقعية، فى مركز يمكنه من إستيفاء حقه، حيث يستطيع، عملاً، حبس الشئ، حتى يستوفى حقه أو يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا الحق، ولكن الأمر يتطلب توافر شروط الحق فى الحبس من جهة، ويقع، من جهة أخرى، على عاتق الحابس الكثير من الالتزامات فيما يتعلق بالمحافظة على الشئ المحبوس وصيانته.

المبحث الثالث

التأمينات الشخصية والعينية

أمام ضعف الضمان العام وعدم كفايته، كان الدائن فى حاجة إلى تأمين خاص يضمن له استيفاء حقه بالكامل، متوقياً بذلك إعسار المدين، ومزاحمة باقى الدائنين. ويتحقق التأمين الخاص فى صورتين(١):

(أ) **التأمين الشخصى**:

ويتمثل فى ضم ذمة أو أكثر إلى ذمة المدين الأصلى لضمان الوفاء بحق الدائن، إذ يلتزم شخص آخر بالدين مع المدين، فيصبح أمام الدائن مدينان أو أكثر بدلاً من واحد، ويتعدد بذلك المسئولون عن الدين، ويتعدد بالتالى الضمان العام للدائن، فإذا أعسر المدين رجع الدائن على المسئولين معه فى الوفاء بالدين. والشخص الذى يضم ذمته المالية إلى ذمة المدين، قد يكون مديناً بصفة أصلية، وقد يكون مديناً بصفة إحتياطية.

١- المسئول مع المدين بصفة أصلية:

يتحقق ذلك فى عدة صور:

الأولى: التضامن بين المدينين حيث توجد أكثر من ذمة تضمن الوفاء بالدين، ويستطيع الدائن أن يرجع على أى من المدينين لاستيفاء حقه دون الالتزام بترتيب معين، ويكون كل مدين منهم مسئولاً عن كل الدين. والتضامن لا يفترض، ولا يقوم فى المسائل المدنية إلا بناء على إتفاق أو نص فى القانون. ويفترض التضامن فى المعاملات التجارية.

الثانية: عدم قابلية الالتزام للانقسام، فقد يتم الاتفاق على عدم إنقسام الدين بين المدينين المتعددين، فهنا يكون كل منهم ملزماً بوفاء الدين كاملاً، ويجوز للدائن أن يطالب أيا منهم بالدين كله، وله أن يطالبهم جميعاً، ويكون لمن

---

(١) Legeais, Les garanties Conventionnelles sur Créances, 1986. P. 245.

يوفى بالالتزام حق الرجوع على سائر المدينين – كما هو الحال بالنسبة للتضامن بين المدينين – كل بقدر حصته.

الثالثة: الإنابة الناقصة، حيث يلتزم فيها شخص آخر، بعد رضاء الدائن، بوفاء الدين مكان المدين الأصلى، ويقوم الالتزام الجديد إلى جانب الالتزام الأول، ومن ثم فهى تقدم تأميناً للدائن.

٢ـ المسئول مع المدين بصفة إحتياطية:

يكون ذلك فى حالة الكفالة الشخصية حيث يتعهد الكفيل أمام الدائن بالوفاء بالدين إذا أعسر المدين، ومس ثم لا يستطيع الدائن الرجوع على الكفيل إلا بعد مطالبة المدين والتنفيذ على كل أمواله.

(ب) التأمين العينى:

ويتمثل فى تخصيص مال معين بالذات لضمان الوفاء بحق الدائن، ويصبح للدائن على هذا المال حقاً عينياً تبعياً يعطيه الحق فى إستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على سائر الدائنين الآخرين. ويكون للدائن إلى جانب الضمان العام تأمين عينى خاص على عين معينة، ويستطيع أن يتتبعها فى أى يد تكون لاقتضاء حقه، حتى لو تصرف فيها المدين وإنتقلت ملكيتها إلى غيره. والتأمين العينى قد يكون فى صورة رهن رسمى أو حيازى، أو فى صورة إختصاص أو إمتياز.

ويعتبر التأمين العينى من قبيل الحقوق العينية التى تخول صاحبها سلطة مباشرة على الشئ المثقل بها بغض النظر عن مالك هذا الشئ الذى قد يكون المدين نفسه أو شخص آخر، وهو حق عينى تبعى لأنه لا يوجد لذاته بل لضمان حق شخصى فيكون تابعاً له ويدور معه وجوداً وعدماً، ويتبعه فى نشأته وإنقضائه. وصفة التبعية تنطبق على التأمينات الخاصة بنوعيها الشخصية والعينية، فسواء كنا بصدد كفالة أو رهن فلابد من قيام حق شخصى لضمانه، فإذا انقضى هذا الحق انقضى معه الرهن أو الكفالة.

إلا أن التأمينات العينية تتميز عن التأمينات الشخصية بعدة مزايا، جعلتها تحتل مكانة هامة فى توفير الائتمان اللازم للحياة الاقتصادية، وتتمثل هذه المزايا فى:

١- يكون لصاحبها ميزة الأفضلية أو الأولوية فى إستيفاء حقه من المال المثقل بالتأمين العينى، أى أن الدائن يتقدم على غيره من الدائنين فى إقتضاء حقه. ويلاحظ أن وجود التأمين العينى لا يسلب الدائن حقه فى الضمان العام على مجموع أموال المدين، فهو يستطيع أن ينفذ على أى من هذه الأموال، إلا أنه يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين.

٢- يستطيع الدائن صاحب التأمين العينى أن يتتبع المال المحمل بالتأمين لاقتضاء حقه منه وذلك بالتنفيذ عليه فى أى يد كان، إذا تصرف فيها المدين للغير.

٣- يظل المال المثقل بالحق العنيى التبعى مملوكاً لصاحبه، ويكون حر التصرف فيه، إلا أنه ينتقل إلى الغير محملا بهذا الحق.

٤- توفر التأمينات العينية الثقة للدائن، حيث تقدم له ضماناً خاصاً يشجع على إئتمان المدين، وذلك بتقديم المال الذى يلزمه ومنحه الأجل الكافى للسداد، ويؤثر ذلك بلا شك فى زيادة المعاملات المالية ورواج التبادل والنشاط الاقتصادى.

(جـ) المقارنة بين نوعى التأمينات (الشخصية والعينية):

١- تشترك التأمينات الشخصية والعينية فى خاصية التبعية، حيث أنها لا توجد مستقلة، بل تنشأ بالتبعية لحق شخصى، فهى توجد لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية، أيا كان موضوعها أو سببها، فيجوز ضمان الحق الشخصى الذى يكون موضوعه نقل حق عينى أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فالمقاول يمكن أن يقدم كفالة أو رهناً لضمان تنفيذ التزامه بالعمل الذى تعهد بالقيام به. ويجوز ضمان الحق الناتج عن العقد أو الفعل الضار أو الفعل النافع أو القانون. فالمتعاقد يمكن أن يقدم كفيلاً أو رهناً لضمان تنفيذ التزاماته

الناتجة عن العقد، ونفس الشئ بالنسبة للمسئول عن العمل غير المشروع لضمان إلتزامه بالتعويض، إلا أنه من الملاحظ عملياً أن التأمين الخاص ينشأ لضمان الوفاء بمبلغ من النقود.

ويترتب على تبعية التأمين الخاص للحق الشخصي أنه يدور معه وجوداً وعدماً فهو ينشأ لضمانه، وينتقل معه كما في حالة الحوالة التي تشمل الحق بضماناته، وينقضي بانقضائه ويتبعه في صحته وبطلانه، فالتأمين الخاص لا يكون صحيحا إلا إذا كان الحق الذي يضمنه صحيحاً.

٢- كانت التأمينات الشخصية أسبق في الظهور من التأمينات العينية، فقد كانت الصلة القوية بين أفراد العائلة تيسر على المدين أن يقدم إلى الدائن من يلتزمون بوفاء الدين معه. أضف إلى ذلك أن ضعف قيمة المنقولات، والملكية المشتركة للعقارات، كأثر لملكية الأسرة، وإعتبار الحائز مجرد نائب عن أفراد الأسرة في الحيازة، كان سبباً في صعوبة ظهور نظام التأمين العيني.

إلا أنه بفضل استقرار نظام الملكية الفردية، وتزايد قيمة الثروات المنقولة، تقدمت نظم التأمينات العينية، وأصبح من السهل ورودها على المنقول والعقار سواء من خلال الشهر أو الحيازة، بل أن هذه النظم أصبحت أكثر أهمية بالنسبة للدائن من التأمينات الشخصية لأنها تجنبه خطر إعسار المدين ومن يلتزمون بالوفاء بالدين إلى جانبه، وتحصنه من قاعدة قسمة الغرماء، وتمكنه من تتبع المال المحمل بحقه في أي يد تكون.

٣- يعتبر التأمين العيني إستثناء على قاعدة المساواة بين الدائنين، لذا فهو لا ينشأ إلا في الصورة التي أباحها القانون، وعلى هذا فإن التأمينات العينية ترد في القانون على سبيل الحصر، ومن ثم لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها.

أما التأمينات الشخصية فتعتبر تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام لذا فهي يمكن أن تنشأ في أي شكل يرتضيه الأطراف بشرط ألا ينطوي ذلك على مخالفة للنظام العام والآداب. لهذا نلاحظ تطوراً وإزدهاراً ملحوظاً في نظام التأمينات الشخصية في مجال التجارة والمعاملات، ويبدو ذلك

واضحا فى تطور عمليات البنوك والائتمان وما تقدمه لعملائها من ضمانات فى التعامل.

(د) أنواع التأمينات الشخصية والعينية:

لعل أهم أنواع التأمينات الشخصية هو الكفالة، فهى التنظيم النموذجى للتأمين الشخصى، وهى التى تنصب عليها الدراسة فى هذا الصدد، باعتبار أن الأنواع الأخرى من التأمينات الشخصية ترد دراستها ضمن النظرية العامة للالتزام.

وقد عالج القانون المدنى الكفالة فى الكتاب الثانى المخصص للعقود المسماة. باعتبارها من تلك العقود، حيث أوردها فى الباب الخامس (المواد ٧٧٢ إلى ٧٨١).

أما التأمينات العينية فتتنوع بحسب مصدرها أو محلها أو بحسب حيازة المال التى ترد عليه.

فمن حيث المصدر هناك التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق العقد وهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى، وهناك التأمينات القضائية التى يقررها القاضى وينطبق ذلك على حق الاختصاص. وأخيراً هناك التأمينات القانونية حيث يكون مصدرها القانون ويتمثل ذلك فى حقوق الامتياز.

ومن حيث المحل هناك التأمينات التى ترد على العقار فقط وهى الرهن الرسمى والاختصاص، وثمة تأمينات ترد على المنقول أو العقار وهى الرهن الحيازى وحقوق الامتياز.

وأخيرا فإن التأمينات العينية تنقسم من حيث حيازة المال الذى ترد عليه إلى تأمينات تقتضى وضع المال فى حيازة الدائن وهى الرهن الحيازى، وثمة تأمينات لا تقتضى نقل الحيازة، بل يظل المال محملاً بالتأمين وهو فى حيازة المدين أو غيره، وينطبق ذلك على الرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز.

خصص المشرع الكتاب الرابع من القانون المدنى للتأمينات العينية، وعنونه بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية وقسمه إلى أربعة ابواب كرسها على التوالى للرهن الرسمى، وحق الاختصاص، والرهن الحيازى، وحقوق الامتياز. وعلى هذا فإنه يمكن القول بوجود نظرية متكاملة للتأمينات فى القانون المصرى.

(هـ) جدوى التأمينات الشخصية والعينية:

لا شك فى أهمية التأمينات السابقة فى ضمان حق الدائن، حيث يضعه التأمين العينى فى مركز متميز عن غيره من الدائنين ويقيه مخاطر إعسار المشترى، وهو أيضا يتقى تلك المخاطر من خلال كل من التأمين والكفالة، خاصة إذا كانت مصرفية.

إلا أنه ليس من السهل دائماً الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين، غالباً، تقديمها سواء لعدم توافرها أو لارتفاع تكلفتها، فقد لا يجد المدين كفيلاً يكفله أو مالاً يقدمه رهناً. ويشكل التأمين عبئاً مالياً على المدين الذى غالباً ما يكون فى حاجة كبيرة إلى الائتمان.

أضف إلى ذلك ما تنطوى عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب، فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهون وحقوق الامتياز الخاصة الأسبق فى القيد، يقتضى الرهن الرسمى العديد من الإجراءات القانونية كالقيد والتجديد وإجراءات بيع العقار. يلقى الرهن الحيازى على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ وإستغلال المال المرهون. تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر وملائمة الكفيل الذى قد يتعرض هو الآخر للاعسار.

لكل ذلك كان من الضرورى البحث عن وسائل أخرى لحماية الائتمان(١).

(١) Legeais, les garanties Conventionnelles sur Gréances, p. 85.

المبحث الرابع

الضمانات الأخرى لحماية الائتمان

أدى اتساع نطاق الائتمان وتزايد أهميته فى العصر الحاضر إلى الاقبال المتزايد على التأمينات وإستحداث صور جديدة للضمان، فقد تطورت المعاملات الاقتصادية والمصرفية والمشروعات المشتركة، وعجزت التأمينات التقليدية عن مواجهة تلك الحاجة نظرا لما تنطوى عليه من وقت ونفقات نتيجة إشتراط الرسمية أو إتخاذ إجراءات الشهر والعلانية من جهة وبسبب إجراءات الحجز والتنفيذ والبيع بالمزاد من جهة أخرى، أضف إلى ذلك أن بعض التأمينات، مثل الرهن الحيازى، قد يؤدى إلى عرقلة تداول الأموال، بل ويصعب توفيرها فى كثير من الأحيان.

كشف العمل عن ظهور وسائل أخرى للضمان تختلف فى قوتها ومداها بحسب حاجة الدائنين، وقدرة المدينين، ونوعية النشاط الاقتصادى، وعما إذا تعلق الأمر بنشاط إنتاجى أم مهنى أم إستهلاكى.

ولعل من أهم تلك الصور البديلة لحماية الائتمان: حوالة الحق، نقل الملكية على سبيل الضمان، التأمين، إلزام المدين بعمل أو إمتناع عن عمل، حق الدائن فى الإطلاع على ذمة ونشاط مدينه، الضمان بمجرد الطلب (خطاب الضمان)، خطابات الطمأنينة.

وتبدو حيوية الائتمان وإزدهاره فى مجال البيع وخاصة فى المعاملات التجارية. ويدفعنا ذلك إلى تناول ضمانات البيع الائتمانى بصفة عامة، وشرط الاحتفاظ بالملكية بصفة خاصة[1].

(ا) حوالة الحق:

أدى تطور الائتمان إلى سهولة تداول الحقوق وتوظيف حوالتها على سبيل الضمان، وتطلب الائتمان التجارى تسهيل إنتقال الحقوق وتداولها

(١) انظر فى ذلك مؤلفنا شرط الإحتفاظ بالملكية، الإسكندرية ٢٠٠٤.

والتخلص من الإجراءات التى تعرقل تداول الحقوق المدنية. ومن المقرر أن الحق المدنى الثابت فى سند إسمى أو أذنى لحامله، يتم إنتقاله وتداوله بنفس الطرق والوسائل المتبعة فى القانون التجارى.

وترد حوالة الحق على سبيل الضمان إما على حق معين مثل حوالة الأجر، أو على مجموع من الحقوق. وتنقسم هذه الحالة الأخيرة إلى نوعين: الأول هو الحوالة الإجمالية التى ترد على كل الحقوق الناتجة أو التى ستنتج عن النشاط المهنى للمدين أو على مجموعة معينة من هذه الحقوق، كالحقوق الناتجة عن تسليم البضاعة لعملاء منطقة معينة أو للمناطق التى تبدأ أسماؤها بحروف هجائية محددة (تبدأ من حرف أ إلى حرف د مثلا). الثانى هو الحوالة داخل إطار محدد حيث يتعهد المدين بأن يحيل للدائن، طبقا للمبلغ المراد ضمانه، مجموعة من الحقوق القائمة التى تتجدد مع إستمرار الوفاء بها (الحقوق الدورية كالأجرة مثلا) (1).

(ب) نقل الملكية على سبيل الضمان:

ترتب على عدم فاعلية التأمينات العينية ظهور نقل الملكية على سبيل الضمان، كوسيلة من بين وسائل أخرى، لضمان حق الدائن. ويتم ذلك بعقد ينقل بمقتضاه المدين ملكية مال معين، على سبيل الضمان لحق الدائن، على أن يلتزم الأخير بإعادة نقل الملكية إلى المدين مرة أخرى بعد الوفاء بالدين أو ما يقوم مقامه.

ولعل الصورة البارزة لذلك هى بيع الوفاء، حيث يبيع المدين مالاً معيناً لدائنه، الذى يتملك هذا المال تحت شرط فاسخ، يتمثل فى عودة المال إلى البائع بمجرد رد الثمن والمصروفات للدائن المشترى. مؤدى ذلك أن البائع يحتفظ لنفسه بحق إسترداد المبيع عند رد الثمن والمصروفات خلال مدة معينة، حيث ينفسخ العقد ويعود المبيع إلى المالك بأثر رجعى.

---

(1) Chaput, la trans mission des obligations, p. 105.

يعتبر بيع الوفاء وسيلة من وسائل الائتمان حيث ينقل المقترض إلى المقرض ملكية مال على سبيل الضمان. وهنا يكون الدائن بمنأى عن إعسار أو إفلاس المدين، ولا يتعرض لمزاحمة باقى الدائنين. ويضمن الدائن حقه بتملك المال دون حاجة إلى الإجراءات الطويلة والمعقدة التى يفرضها الرهن الرسمى[1].

ويعد بيع الوفاء وسيلة سهلة للتحايل على أحكام القانون التى تحظر تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، حيث يتملك الدائن المبيع إذا لم يرد المدين الثمن والمصروفات فى الموعد المحدد، وهو ثمن صورى يمثل الدين وفوائده التى غالباً ما تكون مبلغاً باهظاً يخفى فوائد ربوية، لذلك نص المشرع على إبطال هذا البيع. ولكن بعض الدول تجيزه بضوابط معينة مثل فرنسا ولبنان.

وتوجد صورة أخرى لنقل الملكية على سبيل الضمان تتمثل فى التصرف الائتمانى حيث يتم بمقتضاه نقل ملكية الشئ إلى الدائن بصورة مستقلة عن رابطة الالتزام مصدر المديونية. يتملك الدائن الشئ ولكن ملكيته تكون مقيدة بالالتزامات المتفق عليها، وأهمها الالتزام بالرد عند قيام المدين بالوفاء بالتزامه. ويمكن أن يرد التصرف على الأشياء والحقوق الشخصية، وهنا نقترب من حوالة الحق على سبيل الضمان السابق بيانها.

(جـ) التأمين:

يلعب التأمين دوراً هاماً فى تنشيط الائتمان على المستوى الفردى والجماعى من خلال عدة صور:

١- يقوم المدين بالتأمين على العين المثقلة بالتأمين العينى (العقار المرهون مثلاً) حيث يتعلق حق الدائن بمبلغ التأمين أو التعويض فى حالة هلاك تلك العين. يقوى التأمين المال الذى يقدمه المدين للدائن كضمان لما يحصل عليه من إئتمان، فغالباً ما يشترط المقرض التأمين على الشئ المرهون ضد

(١) Calbillac, les accessiores de la Creances, p. 107.

السرقة أو الحريق، كـي يستطيع أن يستوفى حقـه مـن مبلـغ التـأمين فـى حالـة تعرض المال المرهون للخطر، ومن ثم فإن التأمين علـى المـال الضـامن للديـن كثيراً ما يكون وسيلة أو شرطا للحصول على الائتمان.

٢- يلتزم المشترى فى البيع بالتقسيط، أحياناً، بالتأمين على المبيع ذاتـه بمبلغ يعادل قيمة الثمن المؤجل يحصـل عليـه البـائع عند فقد المبيـع أو هلاكـه ويمثل بقاء المبيع أهمية معينة بالنسبة للبـائع سـواء لأنـه يحتفظ بملكيتـه رغم وجود فى حيازة المشترى، أو لأنه يستطيع إسترداده أثر فسخ البيع عند تخلـف المشترى عن الوفاء.

٣- يقوم المدين، أحياناً، بالتأمين على حياته لصالح الدائن الـذى يتمكـن من إستيفاء دينه من مبلغ التأمين إذا توفى المدين قبل السداد.

٤-ويمكن أن يتخذ التأمين صورة تأمين الدين، حيث يتـم التـأمين ضـد مخاطر إعسار المدين أو عدم قيامه بالسداد.

٥- يستطيع المستفيد من التـأمين علـى الحيـاة الحصـول علـى الائتمـان ضمن بوليصة التأمين، حيث يصبح لـها قيمـة فـى ذاتـها تتمثـل فـى الاحتيـاطى المكون من الاقساط المدفوعة. تضمن البوليصـة للمقـرض قيمـة القـرض، ففـى حالة عدم السداد يمكن للدائن الحصول على حقه من قيمة البوليصة.

يقوم المستأمن أحياناً برهن وثيقة التأمين على حياتـه لضمـان حصولـه على قرض، بل قد يعمد الشخص، عند حاجته إلى الاقتراض، إلـى إبـرام وثيقـة تأمين على حياته ليقوم برهنها إلـى دائنـه الـذى يسـتطيع إسـتيفاء حقـه منـها إذا توفى مدينه قبل تمام الوفاء.

ويختلف رهن وثيقة التأمين عن التأمين لمصلحة الدائن، فالرهن يتمثـل فى إنشاء حق عينى تبعى للدائن على حق المستأمن المدين فى مبلغ التأمين، أما الثانى فهو تأمين المقترض على حياته لمصلحة الدائن مباشرة.

٦- وعلى مستوى الجماعة تلعب رؤوس الأموال المجتمعة من الأقساط لدى شركات التأمين دوراً هاماً فى تدعيم الائتمان العام بالدولة، حيث يسـاعدها

التأمين فى الحصول على ما تحتاجه من قروض من خلال توظيف الأموال المذكورة فى السندات العامة التى تصدرها[1].

(د) التزام المدين بعمل أو الامتناع عن عمل:

يلزم الدائن مدينه، أحياناً، بالقيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، وذلك بهدف تعزيز الضمان أو تفادى التصرفات التى تسئ المركز المالى للمدين. وتلك الالتزامات متنوعة ومتطورة، منها ما هو تقليدى، ومنها ما هو مستحدث تمشياً مع مقتضيات الائتمان والتجارة ولعل أبرز تلك الصور:

١- شرط المنع من التصرف: يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم التصرف فى الشئ مدة زمنية معقولة وذلك لباعث مشروع. فيمكن أن يشترط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن. يكون الشرط صحيحاً فى البيع الائتمانى مؤجل الثمن، حيث لا شك فى مشروعية الباعث ألا هو ضمان إستيفاء الثمن وحث المشترى على الوفاء به، ولا شك أيضاً أن مدة الشرط تكون معقولة لأنها تتمثل فى فترة الوفاء بالأقساط المؤجلة.

ويؤدى الشرط إلى بقاء المبيع فى يد المشترى إلى حين الوفاء بكل الثمن، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع فى طلب الفسخ واسترداد المبيع فى حالة التخلف عن الوفاء بالثمن، بل إن مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذى إشترطه، فضلاً عن طلب بطلان التصرف المخالف، الحق فى فسخ العقد الأصلى الوارد فيه الشرط.

ويمكن أن يعاب، مع ذلك، على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له إستيفاء حقه فى الثمن، فهو يظل مهدداً بمخاطر إعسار المشترى ومزاحمة باقى الدائنين فى حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة، وعلى ثمن المبيع خاصة، اللهم إلا إذا تمسك بحق امتيازه كبائع على هذا الثمن، هذا بالإضافة إلى أنه إذا تعلق الأمر بمنقول وتسلمه شخص حسن النية كان له التمسك بقاعدة الحيازة سند الملكية[2].

---

(١) انظر مؤلفنا فى أحكام التأمين، الإسكندرية ٢٠٠٥.

(٢) انظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية، ص ٢٢٥.

٢- يمكن أن يشترط الدائن المرتهن على الراهن عدم التصرف فى العقار المرهون قبل حلول أجل الدين، وذلك زيادة فى ضمانه.

٣- تلجأ البنوك، أحياناً، إلى إتخاذ بعض الاحتياطات التى تزيد من قدرة المدين على الوفاء بالتزامه. مثال ذلك الاشتراط على المقترض عدم التصرف فى عقاراته أو رهنها، وعدم الدخول فى شركة، وعدم رهن محله التجارى، عدم الاقتراض، ومنع الشركة المقترضة من توزيع أرباح خلال مدة معينة حتى تصل إحتياطاتها إلى حد معين[(١)].

(هـ) حق الدائن فى الإطلاع على ذمة ونشاط مدينه:

يتمتع الدائن بحق الضمان العام على ذمة المدين، إلا أنه ليست لديه الوسائل اللازمة لمعرفة عناصر هذه الذمة على وجه الدقة، والبصر بما قد يقوم به المدين من تصرفات لاضعاف هذا الضمان، ولا شك أن كل إجراء للتحرى أو التدخل من جانب الدائن يعد أمراً متعارضاً مع حرية المدين وسرية أعماله ونشاطه المهنى وحساباته المصرفية. لذلك فإن حق الدائن فى الإطلاع على ذمة مدينه ونشاطه يثير كثيراً من التحفظات رغم أنه أصبح ضرورة ملحة فى الوقت الحاضر، وخاصة على ضوء تطور نظم المعلومات.

يحاول الدائن عن طريق الاتفاق أن يرتب لنفسه حق الإطلاع على ذمة مدينه، وحق رقابة التنفيذ المنتظم لالتزاماته. وقد يستعين الدائن بالمتخصصين فى البحث والتحرى لتزويده بالمعلومات اللازمة لذلك. ولا شك إن تدخل الدائن فى شئون مدينه له طبيعة استثنائية ويثير العديد من التحفظات، إلا أنه يمكن إتخاذ بعض الإجراءات التحفظية التى تهدف إلى تجنب إختفاء أموال المدين. ويتحفظ القضاء كثيراً فى هذا الصدد حيث ينطوى الأمر على إنتهاك السرية والحد من أهلية المدين.

ولعل من أهم التطبيقات تعيين البنك مراقباً لدى الشركة المدينة وتخويله حق حضور جلسات مجلس الإدارة والإطلاع على كل التصرفات

(١) Witz, La fiducie en droit privé, p. 27.

والمستندات الخاصة بالشركة. ولكن حق الإطلاع المقرر للدائن، سواء كان قانونياً أو إتفاقياً، لا زال محدودا.

(و) الضمان بمجرد الطلب (خطاب الضمان):

نشأ هذا الضمان وتطور فى العلاقات الدولية والداخلية، حيث يلتزم البنك، بناء على طلب عميله. بأن يقدم للمستفيد مبلغاً من النقود عند الطلب. يتسم هذا الضمان بالاستقلال حيث يلتزم الضامن بتنفيذ التزامه مهما كانت إعتراضات معطى الأمر المستمدة من العقد الأصلى بينه وبين المستفيد. يتطلب المشترى أو صاحب العمل ذلك الضمان لضمان حسن التنفيذ، ويتمثل ذلك عادة من جانب البنك فى صورة خطاب ضمان. هنا يتجنب الدائن أى مناقشة أو إجراءات قضائية قبل طلب الضمان، حيث يلتزم البنك بالدفع بمجرد الرجوع عليه ودون أن يدفع فى مواجهته بأى دفع.

يستمد هذا الضمان فعاليته وقته من إستقلالية إلتزام الضامن فى مواجهة المستفيد عن العلاقة بين الأخير ومعطى الأمر، وينتج عن ذلك عدم جواز تمسك البنك بالدفوع المستمدة من العقد الأساسى.

(ى) خطابات الثقة أو الطمأنينة:

تهدف هذه الخطابات إلى طمأنة الدائن عند منح الائتمان للمدين، حيث يرسل الشخص خطاباً إلى الدائن بقصد تعزيز الثقة فى المدين، يتعهد فيه فى عبارات عامة مطمئنة بأنه سيقوم، عند اللزوم، بمساعدة المدين على الوفاء أو حثه على ذلك. وتأخذ هذه الخطابات أشكالا متعددة وتتفاوت فى قوتها وطبيعتها، ويتوقف ذلك على الصياغة المستعملة، فقد نكون بصدد مجرد التزام أخلاقى أو التزام بتحقيق نتيجة يتحول إلى مبلغ من التعويض عند عدم التنفيذ.

مثال ذلك إصدار الشركة الأم خطاباً بهدف تسهيل حصول الشركة التابعة لها على الائتمان اللازم لها من أحد البنوك، تتعهد الشركة بالسهر على قيام الشركة المقترضة بالوفاء بالتزاماتها وعمل اللازم نحو تحسين مركزها المالى، هنا تعتبر الشركة الأم ملتزمة مدنياً بتحقيق نتيجة يترتب على عدم تنفيذها دفع مبلغ تعويض للدائن يعادل قيمة الدين.

المبحث الخامس

ضمانات البيع الائتماني

نعرف لماهية البيع الائتماني ومدى جدوى الضمانات القانونية لحق البائع في إستيفاء الثمن، ثم نتناول كل من البيع الإيجاري والتأجير الائتماني والبيع بالتقسيط وشرط الاحتفاظ بالملكية(١).

المطلب الأول

ماهية البيع الائتماني

(أ) **تعريف**:

البيع الائتماني هو بيع عادي ينعقد صحيحاً ومن شأنه ترتيب آثاره كاملة، إلا أن أحد الأطراف يأتمن الآخر على إرجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر، أي أنه يتم الاتفاق بين الأطراف على إرجاء أحد الالتزامات بغية تحقيق هدف معين، فقد يتفق الأطراف على إرجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو لآجال محددة، أو إرجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين إستكماله، أو إرجاء تنفيذ نقل الملكية لحين إستيفاء الثمن.

فالبيع الائتماني بيع موجود وصحيح، والأصل فيه أنه منجز، إلا أنه يتضمن إتفاقاً على تأجيل تنفيذ إلتزام أحد المتبايعين. يوجد البيع الائتماني في كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه، فإذا تأخر تنفيذ أحد هذه الالتزامات كان البيع إئتمانياً بالنسبة للطرف الدائن بهذا الالتزام.

يكون البيع إئتمانياً بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشترى بسداد الثمن مؤجلاً، كله أو بعضه، على الرغم من تسليم المبيع. ويكون البيع إئتمانياً بالنسبة للمشترى إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً على الرغم من قيام المشترى بسداد كل أو بعض الثمن، نفس الحكم إذا كان الالتزام المؤجل التنفيذ هو الالتزام بنقل الملكية.

---

(١) انظر مؤلفنا شرط الإحتفاظ بالملكية، ٢٠٠٥.

يتضح من ذلك أن البيع الائتمانى يوجد كلما إئتمن أحد الطرفين الآخر، أيا كان محل هذا الائتمان حيث تكمن الحكمة من إعتبار البيع إئتمانياً وراء التنفيذ الآجل أو المستقبل للالتزام وما يحيط ذلك من مخاطر محتملة. إن عقد البيع، بطبيعته، عقد فورى التنفيذ، تتولد آثاره كاملة بمجرد إنعقاده صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه، إلا أنه يجوز لأطرافه الاتفاق على تأجيل تنفيذ بعض آثاره فيصبح بذلك عقداً إئتمانياً نظراً للثقة التى يوليها الطرف الأول الذى قام بتنفيذ التزامه للطرف المدين بالالتزام المؤجل وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر.[1]

(ب) أهمية البيع الائتمانى:

تطور البيع الائتمانى تطوراً ملحوظاً فى العصر الحديث وإزدادات أهميته على كل من الصعيد الاقتصادى والقانونى حيث إحتل مكانة بارزة فى معاملات الأفراد والمؤسسات سواء فى مجال الانتاج أو فى مجال الاستهلاك فقد أدى تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدى إلى إزدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالالتزام الذى يتطلب جهداً ووقتاً إضافياً. لذا تزايد إهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الائتمانى الذى أسفر العمل عن تطبيقات وصور عديدة له وما يستتبع ذلك من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب.

فالبيع الائتمانى ينطوى بلا شك على فوائد جمة بالنسبة لكل من المدين والدائن، حيث يتمكن الأول من قضاء حاجياته رغم ضعف إمكانياته، ويتمكن الثانى من مضاعفة عملياته التعاقدية ونشاطه الاقتصادى. ولكن الأمر ينطوى من جهة أخرى على كثير من المخاطر حيث قد يتورط الفرد، أمام إغراء الائتمان، فى العملية التى تفوق إمكانياته وتوقعاته مما يعرضه للتقاعس عن الوفاء بالتزاماته والمساس بذلك بحقوق الدائن الذى يحاول الاحتياط، فى هذا الشأن، من خلال الحصول على أكبر قدر ممكن من الضمانات لحقوقه لذا يحرص المشرع عند تنظيم البيع الائتمانى على شمول أحكامه لمصالح كل من

(١) Stijns, la démonciation du Crédit, R. Com. Belg. 2003, p. 167.

الدائن والمدين بالائتمان بل والغير الذى قد يؤثر هذا البيع على حقوقه أو مركزه القانونى.

المطلب الثانى

الضمانات القانونية لحق البائع فى الثمن

البائع يمكن أن يواجه بتقاعس المشترى عن السداد من جهة، ويمكن أن يتعرض لمخاطر إعساره من جهة أخرى. لذا يثور التساؤل حول معرفة الضمانات التى يكفلها النظام القانونى لتأمين حق البائع وبيان أوجه القصور فيها التى أدت إلى تفتق العمل عن الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الائتمان الذى يمنحه البائع للمشترى.

إذا أخل المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كان للبائع، طبقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين، الحق فى حبس المبيع، إذا كان لم يسلمه، حتى يستوفى الثمن، ويمكنه المطالبة بفسخ البيع وإسترداد المبيع. ويستطيع البائع، بدلاً من ذلك، إلزام المشترى بأداء الثمن من خلال التنفيذ الجبرى على أمواله. وقد خوله المشرع، فى هذا الصدد، ميزة التقدم على الدائنين فى استيفاء الثمن من حصيلة بيع المبيع. وقد تعرضنا من قبل للحق فى الحبس، والشرط المانع من التصرف. ونعرض فى هذا الصدد لكل من الشرط الجزائى والفسخ وحق الامتياز.[1]

(أ) الشرط الجزائى Clause Pénale

يلجأ المتعاقدان فى البيع الائتمانى، أحياناً إلى الشرط الجزائى كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، حيث يتم الاتفاق على مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه فى حالة الإخلال بالالتزام. ولكن فعالية الشرط المذكور، فى أداء تلك الوظيفة، تتضاءل أمام السلطة التى يتمتع بها القاضى فى استبعاد تطبيقه أو تخفيضه، حيث تقضى المادة ٢٢٤ بأنه "١- لا يكون

(١) أنظر مؤلفنا فى عقد البيع، الإسكندرية، ١٩٩٤.

التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر. ٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبير، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه. ٣- ويقع باطلاً كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".

وقد طبق المشرع تلك المبادئ بصدد البيع بالتقسيط حيث تقضى المادة ٤٣٠ بأنه: "إذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤". وعلى ذلك فإن المدين بالأقساط قد لا يعبأ بالشرط الجزائى لثقته فى إمكانية المطالبة بتخفيض قيمته المبالغ فيها التى تمثل الجانب الضاغط عليه، خاصة وأن سلطة القاضى فى هذا الصدد أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على إستبعادها أو الحد منها.

أضف إلى ذلك أن الشرط الجزائى لا يقى الدائن من مخاطر إفلاس أو إعسار المدين وتعرضه لمزاحمة سائر الدائنين.

(ب) **الفسخ وعدم جدواه فى ضمان حق البائع**:

إن حق البائع، فى حالة عدم وفاء المشترى بالثمن، فى فسخ العقد وإسترداد المبيع لا يشكل ضمانة كافية لاستيفاء حقه فى البيع الائتمانى للأسباب الآتية:

أولاً: لا يجوز الحكم بإجابة طلب الفسخ واسترداد المبيع إلا بعد ثبوت إخلال المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كلياً أو جزئياً، وبتحقق الإخلال بالنسبة للثمن المستحق الأداء دون الثمن المؤجل أو المقسط، ويتضمن البيع بالتقسيط فى الغالب، شرطاً مؤداه حلول باقى الأقساط فى حالة التخلف عن دفع قسط، ويكون للبائع الحق فى المطالبة بكل الأقساط، فإذا استمر المشترى فى عدم الدفع، جاز المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع.

والواقع أن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الائتمانى وغايته، فالبائع يرمى إلى تنفيذ العقد لا إنحلاله، تحقيقاً لرواج نشاطه الاقتصادى، ومن ثم فإنه يحرص ما أمكن على إستيفاء الثمن دون إسترداد المبيع، لا شك أن الفسخ يمثل سلاحاً تهديدياً لحمل المشترى على السداد، إذا كان راغبا فى الاحتفاظ بالمبيع، إلا أن المشترى المتقاعس، غالبا، ما لا تكون لديه تلك الرغبة لسبب أو لآخر، وهذا ما لا يفضله البائع، خاصة وأن أعمال الأثر الرجعى للفسخ يتسم بالكثير من المصاعب كما سنرى.

ثانيا: أن الفسخ لا يقع فى الأصل، إلا بحكم من القضاء. فالفسخ لا يقع بمجرد تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن، بل يستوجب الأمر عرض الموضوع على المحكمة ليتبين القاضى مدى الإخلال بالالتزام. وهو يتمتع بسلطة تقديرية فى إجابة طلب الفسخ. حقا أن الأطراف يمكنهم تضمين العقد شرطا صريحاً فاسخاً من شأنه أن يسلب المحكمة كل سلطة فى صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له، إلا أن ذلك منوط بأن تكون صياغة الشرط واضحة ولا تثير أى لبس حول مضمونه ومداه(١).

ثالثا: إن ملكية المبيع تنتقل، فى الأصل، إلى المشترى بمجرد التعاقد الصحيح، ويصبح من حقه التصرف فيه ماديا أو قانونيا يؤدى فسخ البيع إلى محو العقد وإزالته بأثر رجعى ويصعب إعمال هذا الأثر، عملاً لتعارض ذلك مع التصرفات التى يكون المشترى قد أجراها على المبيع مما يستوجب، فى كثير من الحالات، تحول حق البائع فى الاسترداد إلى مجرد التعويض.

١- فقد يتصرف المشترى فى المبيع مادياً باستهلاكه أو بتغير حالته، كتحويل الخشب إلى أثاث أو طحن الغلال أو تفصيل القماش إلى ملابس، هنا يتعذر إعمال الفسخ وبالتالى الاسترداد ويستعاض عنه بالتعويض.

٢- وقد يتصرف المشترى فى المبيع تصرفاً قانونياً قبل أن يتقرر الفسخ. فإذا كان المبيع منقولا وتسلمه المنصرف إليه بحسن نية، كان من حقه

---

(١) انظر مؤلفنا فى دور القاضى إزاء الشرط الصريح الفاسخ، الإسكندرية ١٩٩٥.

التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية، ولا يتأثر حقه بالفسخ، ولن يتمكن البائع من إسترداد المبيع ولا يكون أمامه سوى التعويض.

وإذا كان المبيع عقاراً وتصرف فيه المشترى، فإن المتصرف إليه حسن النية يحتج بحقه قبل البائع الأصلى طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوى الفسخ، مؤدى ذلك أن فسخ بيع العقار لا يسرى فى حق الغير الذى كسب حقاً على هذا العقار بحسن نية وقام بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ. فإذا كان المشترى قد باع العقار وسجل المشترى الثانى حسن النية عقده قبل تسجيل دعوى الفسخ فإن الملكية تبقى له ولا يكون أمام البائع الأول سوى الحق فى التعويض. وإذا كان المشترى قد رهن العقار إلى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل تسجيل دعوى الفسخ، فإن فسخ البيع لا يؤثر على حق الدائن المرتهن وتعود العين إلى البائع الأصلى محملة بالرهن(1).

وينبغى الإشارة إلى أنه بالنسبة للفسخ الناجم عن عدم دفع باقى الثمن ينفذ حكم الفسخ "فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب، بل من وقت تسجيل عقد البيع إذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله، لأن ذكر ذلك فى العقد المسجل يكفى لإحاطة الغير علماً باحتمال تأخر المشترى فى دفع باقى الثمن وإحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك".

٣- وبالنسبة لعقود الإدارة، فالأصل أن أعمال الإدارة التى يبرمها المشترى على المبيع تظل قائمة لصالح من تعامل معه بحسن نية، ويعد من أعمال الإدارة الإيجار الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات، ويظل سارياً فى مواجهة البائع رغم فسخ البيع واسترداد المبيع.

رابعاً: يسقط حق البائع فى رفع دعوى الفسخ إذا قام دائنوا المشترى بالحجز على العقار المشترى وبيعه بالمزاد العلنى، حيث يؤدى ذلك إلى تطهير العقار من دعوى الفسخ. لذا يجب على الدائن الحاجز إعلان البائع الذى لم يستوف الثمن حتى يتمكن من ممارسة حقه فى الفسخ، فإذا أراد البائع أثناء

---

(1) Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexecution, p. 111.

إجراءات التنفيذ رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق، فعليه أن يرفعها بالطرق المعتادة ويدون ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر فى الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل، وإلا سقط حقه فى الاحتجاج بالفسخ على من حكم بإيقاع البيع عليه، وإذا رفعت دعوى الفسخ وأثبت ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع فى الميعاد السابق وقفت إجراءات التنفيذ على العقار.

خامساً: يسقط حق البائع، بصفة عامة فى طلب الفسخ بمجرد الحكم بإفلاس المشترى أو إعساره، ولا يكون أمام البائع سوى الدخول فى التفليسة بالثمن حيث يخضع لقسمة الغرماء كأصل عام، ويختلف الأمر، بطبيعة الحال، إذا كان المبيع لم يسلم بعد للمشترى، هنا يحتفظ البائع، الذى لم يستوف الثمن، بضماناته القانونية، المتمثلة فى الحبس والاسترداد والامتياز، ويجوز للبائع إسترداد المبيع المعين بالذات إذا رفع دعوى الفسخ قبل الإفلاس ولو قضى له بالفسخ بعد الحكم بالإفلاس.

(جـ) امتياز البائع:

إن البائع دائن بالثمن ويمكنه إلزام المشترى بالوفاء به وذلك من خلال التنفيذ الجبرى على أمواله. فالبائع، شأنه فى ذلك شأن باقى الدائنين، يتمتع بحق الضمان العام على جميع أموال المشترى بما فى ذلك الشئ المبيع.

ينطوى هذا الطريق بالنسبة للبائع، على قدر كبير من المشقة والمخاطر، حيث يقتضى الأمر منه عناء الدخول فى ساحات القضاء كمدعى يطالب بحقه بغية الحصول على حكم قضائى واجب النفاذ كسند تنفيذى يمكنه من التنفيذ على أموال المشترى، بالإضافة إلى بطء وصعوبة تلك الإجراءات. يتعرض البائع لمخاطر إعسار او إفلاس المدين والدخول فى قسمة غرماء مع باقى الدائنين. لذا خول المشرع البائع حق امتياز على المبيع لضمان إستيفاء الثمن وملحقاته. ولكن إمتياز البائع لا يؤمن حقه فى الثمن بصورة مطلقة للأسباب الآتية:

أولاً: إن إمتياز البائع لايخوله التقدم بصفة مطلقة علـى سـائر الدائنين، لحق البائع يأتى فى المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة. وتتحدد مرتبة إمتياز بائع العقار بعد ذلك، فطبقا لوقت قيده، أما إمتياز بائع المنقول فيأتى فى الترتيب بعـد كل من إمتياز المصروفات الزراعية وإمتياز المؤجر صاحب الفندق.

ثانياً: إن إمتياز البائع لا يخوله، بصفة دائمة، سلطة تتبع المبيـع للتنفيذ عليه، فقد تنتقل ملكية العقار المبيع إلى شـخص آخـر بموجب سـند يطـهره مـن الامتياز، كنزع ملكيته للمنفعة العامة، أو بيعه جبراً فى مزاد علنى حيث يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقـار مـن الحقـوق التـى تثقلـه، وينتقـل حق البائع إلى التعويض المستحق فى الحالة الأولى وإلـى الثمـن الـذى رسـا بـه المزاد فى الحالة الثانية. ونفس الحكم فى حالة إنتقال حيازة المنقـول المبيـع إلـى شخص آخر حسن النية. فالبائع لا يستطيع التمسك بحقه فـى مواجهـة المشـترى الثانى الذى يستند إلى مبدأ الحيازة بحسن نية.

ثالثاً: يفقد البائع حقه فى الامتياز على المنقول المبيع فـى حالـة هلاكـه. أو تغييره تغيراً تاماً على نحو يؤدى إلى فقده ذاتيتـه وإضاعـة معالمـه، كتحـول القمح إلى دقيق أو خبز وتحول مواد البناء إلى مبـانى. ويبقـى الامتيـاز إذا كـان التغير لا يؤدى إلى إنعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه، كتحـول الخشـب إلـى أثاث، والقماش إلى ملابس، والحاق المنقول بالعقار ليصبح عقاراً بـالتخصيص وإذا وضـع المشترى المنقـول فـى العيـن التـى يسـتأجرها أو ضمـن أمتعتـه فـى فندق، لا يستطيع البائع التمسك بامتيازه فى مواجهة كل من المؤجر أو صـاحب الفندق طالما كانا حسنى النية.

رابعاً: لا يسرى إمتياز بائع المنقول الذى إنتقلت حيازته إلـى المشـترى المفلس، فى مواجهة الدائنين، ولا يسرى إمتياز بائع العقار فى مواجهة جماعـة الدائنين إلا إذا كان مقيدا قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشترى.

خامساً: إن إعمال البائع لحق الامتياز من خلال التنفيذ على المبيع أمـر يتطلـب الكثير مـن الجـهد والمشقة، خاصـة وأنـه يوجـد، غالبـاً، فـى حيـازة

المشترى، مما قد يستوجب إتخاذ إجراءات الحجز التحفظى تفاديا لسوء نية الأخير.

المطلب الثالث
البيع الايجارى
Location - Vente

(أ) **تعريف**:

يفضل البائع، أحياناً، إفراغ العلاقة التعاقدية التى تربطه بالمشترى، لمدة محددة، فى صورة رابطة إيجارية، أى أنه يتم إخفاء البيع فى صورة عقد الإيجار، ويسمى البيع إيجاراً. وهذا ما يطلق عليه فى الفقه البيع الإيجارى، أو الإيجار الساتر للبيع.

يظهر البائع، فى هذا الاتفاق كالمؤجر، ويبدو المشترى كالمستأجر يتراضى الطرفان على إنتقال الشئ محل التعاقد إلى المستأجر (المشترى) مباشرة للانتفاع به، ويحتفظ البائع بملكيته حتى يستوفى الثمن المؤجل أو المقسط كاملاً. وتوصف الأقساط المستحقة بأنها أجرة وليست ثمناً. يتفق المتعاقدان على إنتقال ملكية العين إلى المستأجر تلقائياً بمجرد وفائه لكل الأقساط المحددة كثمن للبيع. وحتى يحكم الطرفان ستر البيع يتفقان، فى بعض الأحيان، على أنه يجوز للمستأجر، فى نهاية مدة الإيجار، وبعد سداد الأقساط السابقة، أن يعلن رغبته فى تملك الشئ ويدفع فى سبيل ذلك مبلغاً إضافياً، ويمثل هذا المبلغ الجزء المتبقى من الثمن بعد الأقساط المدفوعة.

ويجدر الإشارة إلى أن البيع الإيجارى يتضمن، غالباً شرطاً مقتضاه، أنه إذا تخلف المستأجر عن الوفاء بأى قسط جاز للمؤجر فسخ العقد وإسترداد العين مع الاحتفاظ بما قبضه إما لكونه مقابل إنتفاع أو تعويضاً عن الفسخ.

(ب) **الحكمة منه**:

يعد البيع الإيجارى وسيلة إتفاقية لضمان حق البائع فى إستيفاء الثمن، فهو طريقة غير مباشرة لاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى حقه قبل المشترى، ويلجأ إليه البائع بدلاً من شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب الآتية:

أولاً: يحتفظ المشترى بالعين بوصفه مستأجراً، ومن ثم يحظر عليه التصرف فيها قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الأقساط المتفق عليها. وإذا خالف هذا النظر أعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات وتوقع عليه عقوبة التبديد، ذلك أن عقد الإيجار من عقود الأمانة، ولا يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية من هذه العقود، ومن ثم لا يؤدى تصرف المشترى فى المبيع إلى تعرضه للعقوبة المذكورة، إلا أنه يمكن أن يتعرض للعقوبة الواردة بالمادة ١٠٧ من قانون التجارة إذا كنا بصدد بيع بالتقسيط.

ثانياً: يستطيع البائع باعتباره مؤجراً، عند تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن أو الأقساط المحددة، فسخ العقد والاحتفاظ بما قبضه بوصفه أجرة إستحقها مقابل إنتفاع الطرف الآخر بالعين، أما فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع يلتزم من حيث المبدأ، فى حالة الفسخ، يرد ما تقاضاه من ثمن ما لم يتضمن الاتفاق شرطاً صريحاً يستبقى البائع بمقتضاه كل أو بعض ما تم تحصيله على سبيل التعويض عن الفسخ. ويعد هذا الشرط شرطاً جزائياً ومن ثم يخضع، من حيث تقديره وتناسبه مع الضرر الواقع لتقدير القاضى حيث يستطيع تخفيضه.

ثالثاً: يظل البائع، بصفته مؤجراً محتفظاً بملكية العين، ومن ثم يمكنه إستردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن، ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكى يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الآخر على العين وإستردادها من التفليسة، وهو يأمن بذلك إفلاس المشترى قبل الوفاء بالثمن. ويمكن للمؤجر أن يتتبع العين فى يد أى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية.

أما فى حالة شرط الاحتفاظ بالملكية فإن البائع لا يمكنه المطالبة بالفسخ وإسترداد المبيع، ولا يكون له سوى حق التقدم فى التفليسة باعتباره دائناً عادياً، ذلك أن المبيع يدخل هنا ضمن أصول المفلس، ولا ينظر القضاء إلى مصلحة

البائع فى الاسترداد لأن دائنى المشترى عولوا على المبيع الموجود فى حيازتـه كعنصر من عناصر ضمانهم العام.

(جـ) تكييف العقد:

ثار الخلاف فى الرأى حول تحديد طبيعة العقد موضوع البحث، خاصة وأنه من المقرر أن العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة الواقع والنيـة المشـتركة التـى اتجـهت إليـها إرادة المتعـاقدين دون إعتـداد بالألفـاظ التـى اسـتخدمها أو بـالتكييف الـذى أسـبغاه علـى العقـد، وإن التعـرف علـى مـا عنـاه الطرفـان مـن المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخـل فـى سـلطة محكمـة الموضـوع إلا أنـه متـى اسـتخلصت المحكمـة ذلـك فـإن التكييـف القـانونى الصحيـح لمـا قصـده المتعاقدان وإنزال حكـم القـانون علـى العقـد هـو مسـألة قانونيـة تخضـع لرقابـة محكمة النقض.

ذهب إتجاه إلى أن مثل هـذا العقـد يعتـبر فـى ذات الوقت إيجـاراً معلقـاً على شرط واقف، وإن الشـرط واحـد فـى العقديـن وهـو قيـام المشـترى بالوفـاء بجميع الأقساط. فإذا تحقق الشرط بوفاء الأقساط إنفسخ الايجار وأنتج البيع أثره بأثر رجعى أى تنتقل الملكية إلى المشترى من وقت العقـد. وقبـل تحقـق الشـرط يكون الايجار نافذاً والبيع موقوفاً. وإذا تخلف الشرط لا ينعقد البيع ويعتـبر كـأن لم يكن من البداية، وينفسخ الإيجار مع إحتفاظ المؤجـر بالأقسـاط التـى حصلـها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة الانتفاع المنقضية.

يصعب قبول هذا الاتجاه لأنه يضفى على العقد وصفين متنـاقضين فـى ذات الوقت، حيث يصعب إعتبار العقد إيجاراً وبيعاً فى آن واحد نظرا لاختلاف طبيعة كل من العقديـن، والقـول بتحـول الاتفـاق إلـى بيـع أو إلـى إجـارة حسـب الظروف يعد أمراً مخالفاً للقواعد العامة فى التعاقد.

يرى الفقه الفرنسى فى البيع الايجارى أنه إيجار مقترن بوعد البيع، هذا الوعد قد يكون ملزماً للجانبين: للمؤجـر والمسـتأجر. وقـد يكـون ملزمـاً لجـانب واحـد هـو المؤجـر حيـث يجـوز للمسـتأجر أن يبـدى رغبتـه فـى شـراء العيـن

المؤجرة خلال مدة الإيجار. فالمؤجر يظل مالكاً للعين طوال مدة الإيجار وإلى أن يعلن المستأجر رغبته فى تملكها[١].

ينبغى التفرقة، فى الواقع، بين البيع الإيجارى والإيجار المقترن بوعد بالبيع، ذلك أن الأول تتجه فيه إرادة الأطراف حقيقة إلى البيع منذ البداية ومن ثم تكون الأجرة المعلنة هى فى حقيقتها أقساط الثمن التى تتناسب مع قيمة العين، وبالوفاء بالأقساط (التى قد يضاف إليها مبلغ رمزى) تنتقل ملكيتها إلى المستأجر (المشترى) منذ بداية العقد. أما بالنسبة للإيجار المقترن بوعد البيع فإننا نكون بصدد إيجار إبتداء وبيع انتهاء فى حالة إبداء المستأجر رغبته فى الشراء. وتنتقل الملكية إليه من وقت ظهور الرغبة وليس بأثر رجعى من وقت الإيجار.

وقد أحسن المشرع المصرى بحسمه الخلاف فى هذه المسألة بنص صريح حيث قضى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً. وعلى ذلك فإن البيع ينعقد باتاً لا موقوفاً على شرط ويرتب، من حيث المبدأ آثاره كاملة.

يتمثل جانب الائتمان فى البيع الإيجارى فى تأجيل الثمن من جهة وتعليق إنتقال الملكية على هذا الوفاء من جهة أخرى. وبالوفاء بالثمن تنتقل الملكية إلى المشترى بأثر رجعى أى منذ إبرام البيع. وهكذا يعتبر البيع الإيجارى، من حيث الأصل، بيعاً بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية، ما لم تتجه بوضوح إرادة الأطراف إلى إبرام عقد إيجار حقيقة وفعلا، مع إقتران هذا العقد بوعد بالبيع يرخص للمستأجر الحق فى تملك العين المؤجرة إذا ما رغب فى ذلك، ويخضع هذا العقد لأحكام الإيجار دون البيع.

---

(١) Sommade, la vente à Crédit, p. 58.

المطلب الرابع

التأجير الائتمانى أو التمويلى

يعد عقد التأجير الائتمانى Léasing – Gredit - bail أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان، فهو وسيلة مستحدثة إحتلت مكانة مرموقة فى الأسواق المالية لامداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والأدوات اللازمة[1]. ويتمثل فى إتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة، عقار أو منقول، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الإيجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو إعادة إستئجارها أو ردها إلى المؤسسة الممولة.

ويتم ذلك عملاً فى أن صاحب عمل يكون فى حاجة إلى منقول أو عقار لاستغلاله فى مشروعه لكنه لا يمتلك رأس المال لشرائه أو لا يرغب فى تجميد رأس المال لهذا الغرض، فيتوجه على مؤسسة مالية متخصصة لتمويل العملية. يقوم صاحب العمل بنفسه، بعد توقيع عقد التأجير الائتمانى، باختيار الشئ موضوع العقد، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل محتفظة بملكية الشئ. ويستفيد صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة طويلة نسبياً مقابل أجرة معينة. ويكون المستأجر، فى نهاية الفترة بالخيار بين أمور ثلاثة: رد الشئ تجديد إستئجاره، شراؤه بثمن محدد يراعى فيه المبالغ التى تم دفعها كأقساط إيجار. يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلى تنطوى على جوانب ثلاثة: تمويل عملية شراء الشئ، الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، الانتفاع به.

أطراف هذا الاتفاق، فى الأصل، ثلاثة، الشركة المؤجرة أى المالكة التى تقوم بشراء الأشياء، البائع أو المورد أو الصانع لها، المستأجر الذى يقوم باستغلالها. ويمكن أن تنطوى العملية على خمسة أطراف: مؤسسة مالية تقوم بتمويل شراء الشئ محل العقد لصالح المؤجر الذى يقوم بتأجيره، أى أننا بصدد ممول، مالك مؤجر (مشترى)، بائع، مستأجر، والمؤمن على الشئ. ويمكن أن

---

(١) نظمه المشرع بالقانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥. انظر مؤلفنا فى أحكام قانون الإيجار، الإسكندرية ٢٠٠٥.

تنطوى العملية على طرفين فقط وذلك فى حالة ما إذا كان الشئ محل العقد مملوكاً لنفس المؤجر، أو فى حالة تخلى المشروع عن جزء من رأس ماله العقارى ببيعه لمؤسسة مالية ثم يعود فيستأجره منها مباشرة.

لعل الطابع المالى هو السمة المميزة للتأجير الائتمانى حيث تقوم مؤسسات مالية متخصصة فى تمويل شراء أجهزة ومعدات لازمة للاستغلال التجارى والمهنى، فالمستأجر المستفيد من هذه الأشياء يحصل على تمويل كامل لاستثماراته دون حاجة إلى اللجوء إلى القروض أو تعطيل جزء من رأسماله مما يسمح له بالتوسع فى مجال نشاطه واستثماراته. يعد الاتفاق المذكور وسيلة من وسائل الائتمان الحديثة نظراً لما ينطوى عليه من طبيعة تمويلية حيث يرتكز فى جوهره على تمويل عملية الشراء على سبيل الائتمان[1].

ويضاف إلى الجانب المالى الجانب القانونى المتمثل فى عملية شراء الشئ وتمكين الغير من استعماله مع الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان، حيث نوجد أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات فى آن واحد:

١- الشراء بقصد التأجير، حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل الإيجار من المورد أو الصانع.

٢- الوكالة، حيث يوكل المؤجر المستأجر فى القيام بشراء الأشياء محل الإيجار على كافة عناصرها من نوع وكمية وغير ذلك، فالمستأجر هو الذى يقوم بتحديد هذه الأشياء وفقا لاحتياجاته، ومن ثم فهو الذى يقوم، كفنى متخصص، بالتعاقد مع البائع لحساب المؤجر المشترى الذى يقوم بتمويل العقد.

٣- الإيجار، حيث يتم تأجير الأشياء المشتراة إلى المستأجر لاستغلالها فى تجارته أو مهنته، ويتميز الإيجار هنا عن الإيجار العادى بسمتين أساسيتين: الأولى ارتفاع الأجرة نسبياً لأنه يراعى فى تحديدها تغطية تكاليف الشراء

---

(١) Derruppe, De la fiducie au Gredit – bail, p. 25.

وعائد مناسب للمول. الثانية، تحمل المستأجر كافة الأخطار التى تتعرض لها الأشياء، والتجهيزات المسلمة له.

٤- وعد منفرد بالبيع أو بإعادة التأجير فى نهاية مدة الإيجار، حيث يتضمن الاتفاق وعداً للمستأجر، إذا أعلن عن رغبته، بتملك الأشياء محل العقد أو بإعادة إستئجارها، فهو بالخيار بين الشراء أو الاستئجار أو الرد.

ولا يعنى إحتواء التأجير الائتمانى لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزئته، بل إننا بصدد عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون فى مجموعها تصرفاً قانونياً واحداً غير قابل للتجزئة ومستقلاً بذاته عن كل من الأعمال القانونية المكونة له.

ويختلف الرأى حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد، فهناك إتجاه يحبذ نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان، وإتجاه آخر يؤكد الطبيعة الذاتية والخاصة للعقد موضوع البحث، وإتجاه ثالث يرى أننا أمام إحدى صور البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية. وإتجاه رابع يرى أننا أمام عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول[1].

ودون الدخول فى ذلك الجدل يهمنا التركيز على الطبيعة الائتمانية للعقد موضوع البحث، حيث يحتفظ المالك بملكية الأشياء المؤجرة على سبيل الضمان، فالملكية تؤمن حق الممول فى إسترداد المبلغ الذى دفعه فى تمويل عملية الحصول على الشئ محل التعاقد، وعلى ذلك فإن شرط الاحتفاظ بالملكية، وإن لم يظهر صراحة فى هذا الاتفاق، إلا أنه يستتر خلاله وراء فكرة الإيجار، ويلعب دوراً حاسماً فى قيامه وتحقيق أهدافه، فالتأجير الائتمانى يعد، فى جانب منه، تعبيراً مقنعاً عن شرط الاحتفاظ بالملكية. يظل المؤجر مالكاً للأشياء المؤجرة طوال مدة الإيجار، ويكون له بالتالى، الحق فى إستردادها من تفليسة المستأجر ولا يجوز للأخير التصرف فيها وإلا اعتبر مبدداً ومرتكباً لجريمة خيانة الأمانة.

---

(١) Massin, Le leasing dénommé Grédit – bail, p. 27.

المطلب الخامس

البيع لأجل أو البيع بالتقسيط

لعل الصورة الغالبة والتى تتبادر إلى الذهن عند الحديث عن البيع الائتمانى تتمثل فى البيع لأجل أو البيع بالتقسيط حيث يتم الاتفاق على إمهال المشترى فى دفع الثمن لأجل معين أو على هيئة أقساط فى آجال محددة. فالبيع يمكن أن يكون مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده دفعة واحدة عند حلول الأجل، ويشيع ذلك بين التجار، فالمصنع يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل على أن يسدد البائع بالتجزئة إلى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة إلى المستهلكين. ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن إلى المصنع. أما البيع بالتقسيط فيتم توزيع الثمن فيه على دفعات دورية سنوية أو شهرية مثلاً، وينتشر بين التجار والمستهلكين فى مجال السلع المعمرة، كالأدوات الكهربائية والأثاث والسيارات والمعدات والأجهزة.

ونظرا لشيوع وأهمية البيع بالتقسيط على الصعيدين الاقتصادى والقانونى تحرص معظم الدول على تنظيمه بتشريعات خاصة. نظم قانون التجارة المصرى البيع بالتقسيط. يواجه القانون المذكور البيوع التجارية أى تلك التى تتم تعبيراً عن ممارسة نشاط تجارى من قبل مؤسسات متخصصة أو أفراد من التجار، ومن ثم لا يدخل فيها ذلك البيع بالتقسيط الذى قد يتم عرضاً بين الأفراد العاديين، ويقتصر التنظيم على البيع الوارد على المنقولات المادية دون العقار والمنقولات المعنوية.

وقد تضمن القانون بعض الأحكام الخاصة لحماية المستهلك من جهة وضمان حق البائع من جهة أخرى:

- إذا لم يدفع المشترى أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين أنه قام بتنفيذ خمسة وسبعين فى المائة من الثمن.

- وفى حالة الحكم بفسخ البيع يجب أن يرد البائع الأقساط التى قبضها بعد إستنزال ما يعادل أجرة الانتفاع بالمبيع، بالإضافة إلى تعويض عن التلف الذى لحقه بسبب الاستعمال غير العادى. ويقع باطلا كل إتفاق على تحميل المشترى التزامات أشد من ذلك.

- الاتفاق على حلول الثمن بأكمله عند عدم دفع أحد الأقساط فى ميعاد إستحقاقه لا يكون نافذاً إلا إذا تخلف المشترى عند دفع قسطين متتاليين على الأقل.

- لا يجوز للمشترى التصرف فى المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها إلا بإذن مكتوب من البائع، وكل تصرف يجريه المشترى بالمخالفة لهذا الحكم لا يكون نافذاً فى حق البائع إذا أثبت علم المتصرف إليه وقت إجراء التصرف بعدم أداء الثمن بأكمله.

وللبائع عند تصرف المشترى فى المبيع قبل أداء أقساط الثمن بأكملها بغير إذن منها أن يطالب المشترى بأداء الأقساط الباقية فوراً.

- يعاقب المشترى عند مخالفة الحكم السابق بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تجاوز ٥٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين. وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً.

المطلب السادس
شرط الاحتفاظ بالملكية

(أ) **ماهيته**:

يقترن البيع بالتقسيط، غالباً، بشرط الاحتفاظ بالملكية، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل. تقضى القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد إبرام العقد. ينشئ البيع التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية إلى المشترى، وينفذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام

على الإفراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار. ويتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشترى التزامه بدفع الثمن، فتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع إنتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه، حقا أن البائع يمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه إلى حين إستيفاء كامل الثمن، إلا أن ملكية المبيع المحبوس تكون للمشترى.

ونظرا لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى أجل محدد. ينطوى هذا الاتفاق، غالباً، على إبقاء الملكية للبائع وعدم إنتقالها للمشترى إلا بعد سداده لكامل الثمن. يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية، فى هذه الحالة، دوراً تأمينياً هاماً لاستيفاء ثمن المبيع، ويكون البيع، فى هذا الفرض، إئتمانياً بالنسبة لكلا الطرفين، فالبائع يأتمن المشترى على الثمن، ويأتمن المشترى البائع على الملكية.

يختلف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذى يقتصر على إضافة الالتزام بدفع الثمن إلى أجل معين، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع فى المشترى لأن نقل الملكية يتم بداية إستقلالاً عن الوفاء بالثمن. أما البيع الأول فلا يتضمن هذه الثقة حيث يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن، ومن ثم يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فى وقت لاحق على إبرام البيع هو وقت سداد كامل الثمن.

ولا يقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية(1) على الدور التأمينى السابق بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشترى فى المحل لشخص أجنبى تخشى منافسته والهبة المستترة فى صورة بيع حيث يحتفظ الواهب بملكيته للعين لمدة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها. ومن يبيع شيئا مقابل التزام المشترى بأداء أعمال وخدمات معينة ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لانجاز هذه الأعمال. والبيع الذى يشترط فيه البائع إيراداً مرتباً

(1) Clause de reserve de propriété – le pacteim reservati domini.

مدى الحياة ويحتفظ فيه بملكية الأرض المبيعة حتى يضمن بذلك أن يوفر له المشترى أسباب المعيشة.

وإذا كان الغالب فى العمل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يرد فى عقد البيع، فليس هناك ما يمنع من ورود الشرط المذكور فى أى إتفاق آخر ناقل للملكية. مثال ذلك الشريك الذى يحتفظ بملكية الحصة المقدمة فى الشركة لفترة يضمن فيها جدية باقى الشركاء فى الوفاء بالتزاماتهم.

(ب) **مشروعيته**:

لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل أو نقاش فى الفقه الحديث أو القانون المعاصر.

تردد البعض فى البداية أمام صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يترتب عليه وجود المال فى يد من لا يملكه، فيضلل بذلك الغير الذى يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الأساس بينما هو غير مالك.

ولعل الاعتراض الواضح على شرط الاحتفاظ بالملكية جاء إستناداً إلى الفقه الإسلامى حيث إستنتج البعض من هذا الفقه منافاة الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذى من شأنه، عند إنعقاده مستوفياً شروط صحته ونفاذه ولزومه، أن ينتقل الملك فى الحال من البائع إلى المشترى.

وحقيقة الأمر أن الفقه الإسلامى يميز بين أمرين: الأول إشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع مطلقاً. الثانى، إشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل. فالشرط فى الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد بإجماع الفقهاء ويقع باطلاً. أما فى الحالة الثانية فالقاعدة أنه إذا ورد الشرط لمسوغ مشروع كضمان الوفاء بالثمن وقع صحيحاً.

أجاز القانون المدنى صراحة الشرط المذكور بنصه على جواز إشتراط البائع أن يكون نقل الملكية إلى المشترى موقوفاً على إستيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع، جاء النص المذكور مسايراً لما كان يجرى عليه القضاء منذ زمن قديم فى ظل القانون المدنى السابق. ويستقر شرط الاحتفاظ بالملكية فى القوانين

المعاصرة نظراً لما يحققه من مصالح إقتصادية مشروعة من جهة ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى. ذلك أنه من المقرر جواز الاتفاق على تعليق إنتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الانتقال لأجل محدد، حيث أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام.

(جـ) مجاله:

إن شرط الاحتفاظ بالملكية عام التطبيق يمكن اللجوء إليه فى كل من بيع المنقولات والعقارات. ويكمن المجال الغالب للشرط المذكور فى بيع المنقولات المادية بالتقسيط حيث تنتقل ملكيتها إلى المشترى بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن، لذا يحرص البائع على إرجاء هذا الأثر ضامنا لاستيفاء حقه.

يختلف الأمر بالنسبة للعقار حيث يستطيع البائع الوصول إلى نفس النتيجة من خلال الامتناع عن القيام بالإجراءات اللازمة لتسجيل البيع ذلك أن التسجيل إجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار. وغالباً ما يتم الاتفاق بين المتبايعين على إجراء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن. وهذا الاتفاق ضرورى لتقوية مركز البائع فى مواجهة المشترى الممتنع عن دفع الثمن، حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يلجأ لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع لأن الشرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون التزام البائع نفسه نافذاً وألا يكون محقاً فى إمتناعه عن التنفيذ. حقا أن البائع يستطيع، ولو لم يوجد اتفاق على تعليق التسجيل على سداد الثمن، التمسك بجميع الدفوع التى تتعارض مع طلب المشترى إثبات صحة ونفاذ البيع بما فى ذلك التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يخضع، فى حالة عدم وجود اتفاق، كما هو معلوم، لمبدأ وجوب مراعاة حسن النية فى التنفيذ، ومن ثم لا يجوز التمسك بهذا الدفع فى حالة ما إذا كان لم يتم تنفيذه من الالتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه.

وعلى ذلك إذا لم يكن هناك إتفاق صريح على ربط التسجيل بالانتهاء من دفع كل الثمن أو إتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية، فإن البائع لا يستطيع الامتناع عن إتمام إجراءات التسجيل فى حالة ما إذا كان الجزء المتبقى من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه.

ويندر اللجوء إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، فـى بيـع المنقـولات المعينـة بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل إلى المشترى بمجرد العقد بل يلـزم الإفراز، وغالبا ما يعلق البائع ذلك الإجراء على إستيفاء حقوقـه. وبفـرض قيـام البائع بإفراز المبيع وتسليمه قبل قبض كل الثمن، فإنه يلجـأ إلـى وسـائل أخـرى لضمـان حقـه دون شـرط الاحتفـاظ بالملكيـة الـذى لا يتفـق غالبـاً وطبيعـة هـذه المنقولات نظراً لتماثل وحداتـها وإمكـان الحصـول عليـها دائمـاً من الأسـواق، وهى غالباً ما تكون أشياء قابلة للاستهلاك ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له، فى إستهلاكها مادياً أو قانونيـاً، كالطعـام والوقـود والحبـوب والمنسـوجات، ومن ثم يتنافى شرط الاحتفاظ بالملكية مع الغرض الذى من أجله حصـل عليـها المشترى.

ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيـع الحقـوق الذهنية كحق المؤلف والملكيـة الفنيـة والصناعيـة، كمـن يبيـع الحـق فـى بـراءة الاختراع مع الاحتفاظ بملكيته لضمان إستيفاء حقوقه. ولعل التطبيق البارز فـى هذا المجال يتمثل فى بيع المحل التجارى، وهـو منقـول معنـوى، مـع الاحتفـاظ بملكيته. وينبغى ملاحظة الأحكام الخاصة لنقل الحقـوق المعنويـة حيث يتطلب القانون إجراءات معينة لهذا الانتقال. (١)

لعل تأخير إتمام إجراءات نقل الحق المعنوى يعد الضمانة الكافية للبائع لاستيفاء حقوقه قبل المشترى مما يغنيه عن شرط الاحتفـاظ بالملكيـة الـذى يقـل وجوده فى هذا النوع من البيوع.

يتضح من كل ما سبق أن المجال الخصب لشرط الاحتفاظ بالملكية هـو بيع منقول معين بالذات.

(د) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الألمانى:

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية مكانة بارزة فى النظام القانونى الألمـانى. يُبرز الشـرط الفصـل الجوهـرى، داخـل نطـاق كـل بيـع، بيــن العقـد المنشــئ

---

(١) تعبر المادة ٨٦ مدنى على ذلـك بقولـها: " الحقـوق التـى تـرد علـى شـئ غيـر مـادى تنظمها قوانين خاصة".

للالتزامات المتبادلة من جهة، والتصرف المجرد الناقل للملكية (العقد العينى) من جهة أخرى. وبالرغم من أنه يتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية عادة فى العقد الملزم (الأول) الذى ينعقد باتاً وبسيطاً، فإن هذا الشرط، الذى يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن، ينحصر تأثيره فى التصرف المجرد الذى لا يكون باتاً بل موصوفاً بالشرط(1). وينتج عن ذلك تعلق الشرط، فى ذات الوقت بكل من قانون الالتزامات، وقانون الأموال وقانون التأمينات. ويمثل الشرط المذكور نظاماً معقداً لا يمكن فهمه إلا من خلال الإطار المتكامل الذى يوجد فيه ويصعب فصله عن هذا الإطار، يعد الشرط جزءاً من نظام قانونى مترابط.

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية بالغة على صعيد الائتمان التجارى، فهو يأخذ، فى الواقع، إنطلاقاً من وظيفته الاقتصادية، مكانة بارزة، إلى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان(2)، بين مجموعة التأمينات التى ترد على المنقول دون حيازته، لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات هو أنها، إذا وردت على منقول مادى، لاتقتضى تخلى المدين عن حيازته، ولاتستلزم، إذا وردت على حق، إعلان المدين به. لا تخضع تلك التأمينات لأى من إجراءات الشهر الخاصة بإعلام الغير بوجودها مع كل ما يمكن أن يترتب على ذلك من آثار متخيلة فى حالة الإفلاس والتسوية القضائية. وذلك كله بخلاف الحال بالنسبة للرهن الحيازى ورهن الحق التقليدين اللذين ينظمهما القانون المدنى فى المواد ١٢٠٤، ١٢٧٩ وما بعدها.

نشأ هذا النوع من التأمينات وتطور فى ألمانيا، بعيداً عن النصوص. فهى مستوحاة لاجابة مقتضيات العمل ومن ثم لم تتوقف، عبر السنين، عن التطور والتنوع والتأقلم مع ضرورات الائتمان، وتصورات رجال العمل والقائمين على تحرير التصرفات القانونية، وردود فعل القضاء منها، ويأخذ كل

(1) Meissner, l'opposabilité de la propriété aux tiers en droit Allemand, G. p. 1972. 369.

(2) يستخدم الفقه الفرنسى مصطلح Lalienatin fiduciaire للتعبير عن الكلمة الألمانية Sicherungsübereignung.

نوع من أنواع هذه التأمينات، فى الوقت الراهن، العديد من الصور. وينطبق ذلك بطبيعة الحال على شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يأخذ شكلاً بسيطاً، وأحياناً أخرى شكلاً ممتداً، وأحياناً ثالثة شكلاً متسعاً. ويرد نقل الملكية على سبيل الضمان، أحياناً على مال محدد، ويرد كذلك على مخزون من البضائع متغير المحتوى، ويقبل بدوره الاتساع والامتداد شأن شرط الاحتفاظ بالملكية(1).

والواقع أن هذه القائمة المثيرة تدل على جانب من عبقرية القانون الألمانى وما يتمتع به رجال الأعمال، فى هذا البلد، من قدرة خاصة على جعل كل قيمة إقتصادية ممكنة أداة إئتمان. وباستثناء شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط المنصوص عليه فى المادة ٤٥٥ مدنى، ينبغى، فى الواقع، إدراك أن كل الأنواع الأخرى للتأمينات الواردة على المنقول دون حيازته تستمد مبدأ صلاحيتها مما إستقر عليه العمل القضائى، وأصبحنا بالتالى أمام قاعدة عرفية أى أن المسألة باتت منظمة بالقانون العرفى، وكشأن أى مسألة ينظمها العرف، بالرغم من بيان معالمها الرئيسية، فإنها تظل تحمل بين طياتها بعض جوانب الغموض وعدم اليقين. أضف إلى ذلك أن هذه التأمينات يكمل بعضها الآخر أحيانا، وتتواكب فيما بينها أحياناً اخرى، ويندرج بعضها تحت لواء الآخر أحيانا ثالثة، ويقوم نوع من التنازع فيما بينها أحياناً رابعة على الأموال أو القيم المتقلة بها، مثال ذلك التنازع بين شرط الاحتفاظ بالملكية الموجود على البضاعة المبيعة بثمن مؤجل ونقل الملكية على سبيل الضمان الوارد على موجودات مخزن تضم البضاعة المذكورة. والتنازع بين الحوالة الاجمالية للحقوق لأحد البنوك وشرط الاحتفاظ بالملكية الممتد أى الذى يتضمن الحوالة المسبقة للحقوق التى ستولد عن إعادة بيع البضاعة المحتفظ بملكيتها للغير.

ويمكن القول إجمالاً، مع ذلك، بقيام نوع من التنسيق السلمى بين مجال إعمال كل من التأمينات السابقة، فنقل الملكية على سبيل الضمان يستخدم، بصفة أساسية، فى ضمان الائتمان المقدم من البنوك والمؤسسات المالية، إلى جانب تمتع هذه المنظمات بتأمينات أخرى وبصفة خاصة التأمينات العقارية.

(1) M. Pedamon, Le reserve de la propriété en droit Allemand et droit français, 1982.

ويستخدم شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان الائتمان الممنوح من الموردين لعملائهم. أما عن حوالة الحق على سبيل الضمان فتغطى بطريقة متفاوتة هذين النوعين من إئتمان اللذين يغذيان الاقتصاد الألمانى. ولا ينبغى أن يتبادر إلى الذهن تناقص حجم الائتمان الموردين فى ألمانيا، فهو يشهد، على العكس، تزايداً مستمراً تحت تأثير المنافسة الحادة، وتقل بالتالى، أهمية الوفاء النقدى لثمن البضاعة، إلا أن الوفاء يتم بطريقة منتظمة، وعلى نحو أسرع مما هو معهود فى فرنسا مثلا.

وينتج عن هذه الظاهرة الازدهار الواسع لشروط الاحتفاظ بالملكية وتشجيع إبرام العقود عن طريق تبنى الشروط العامة التى يضعها أحد الطرفين، وغالباً ما توضع هذه الشروط من قبل المورد، ويتضح من العمل أن كل المهنيين (صناع، تجار جملة أو تجزئة، مقاولون، حرفيون)، الذين يسلمون بضائعهم قبل إستيفاء الثمن، يحتفظون بملكيتها لحين إستيفاء كامل حقوقهم. ومما لا شك فيه أن المراكز الاقتصادية تتنوع وتتفاوت بشكل ملحوظ، فهى تختلف بحسب صفة كل من البائع والمشترى من جهة وبحسب طبيعة الأموال والبضائع المبيعة والأغراض المخصصة لها من جهة أخرى، وينتج عن ذلك بالضرورة تعدد وإختلاف صور نشاط الاحتفاظ بالملكية فى العمل. يستجيب الشرط، فى صورته البسيطة، للمراكز الاقتصادية السهلة أو الأولية. وتبدو الحاجة إلى تعميق الشرط ومد نطاق تطبيقه كلما ظهرت حاجة المشترى إلى التصرف القانونى أو المادى فى الأموال المقدمة أساساً على سبيل الضمان.

(هـ) **مكانة الشرط وتطوره فى القانون الفرنسى**:

حاول المشرع الفرنسى الاستفادة من التجربة الألمانية بصفة خاصة واللحاق بالركب الأوروبى بصفة عامة، لتقوية شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال إقرار نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس. صدر التعديل المذكور بصعوبة بالغة إثر جدل حاد بين أنصاره وخصومه. [1]

---

(١) قانون ١٢/٥/١٩٨٥.

ينعى البعض على القانون المذكور مساسه الخطير بمبدأ المساواة بين الدائنين لصالح بعض البائعين بمنحهم نوعاً من الامتياز المميز دون شهر على حساب باقى الدائنين العاديين بل وحتى الخزانة العامة والتأمين الاجتماعى ومنظمات تأمين الأجور. إن نفاذ الشرط، طبقاً للتعديل السابق، من شأنه أن يدفع البنوك إلى تفضيل منح الائتمان للمشروعات الموردة على حساب الائتمان الممنوح للمشروعات المشترية التى ستفقد، بالتالى، كل أنواع الائتمان ما عدا ذلك الممنوح لها من الموردين، ويستتبع ذلك نمو الأئتمان فيما بين المشروعات والذى يعد أحد عوامل التضخم. بل أن الرغبة فى إنقاذ المشروعات المتعثرة، كهدف رئيسى للتعديل التشريعى، تصبح مهددة بأعمال الشرط نفسه حيث يترتب على قيام البائعين باسترداد البضائع نفاذ الجزء الأكبر من عناصر الجانب الإيجابى للذمة المالية القائمة لحظة الحكم بالتسوية القضائية، ويستتبع ذلك، بالضرورة، فى أغلب الأحوال، التصفية النهائية لأموال المدين بدلاً من النهوض به. أى أننا نصبح، طبقاً لتعبير الفقه، أمام "إفلاس الإفلاس"(١).

لكن المشاهدات المستمدة من التجربة الألمانية زودت أنصار التعديل التشريعى بالحجج الكافية للدفاع عن موقفهم. إن الحماية القوية التى يقدمها شرط الاحتفاظ بالملكية، بعد التعديل، للموردين من شأنها حثهم على الاستمرار فى توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم آجلاً أطول للسداد، مما يقى هؤلاء مغبة الوقوع فى هاوية الإفلاس، لن يحتاج البائع، بعد ذلك إلى الأخذ فى حسبانه، عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل السداد، مخاطر إفلاس المشترى، ويستتبع ذلك بالضرورة إنخفاض الثمن أو على الأقل عدم تفاقمه، أضف إلى ذلك أن أعمال الائتمان وتداوله سيشهد تقدماً وتحسناً ملحوظاً. ففيما يتعلق بالطريقة الحالية لائتمان المورد، يقوم البائع بسحب كمبيالة على المشترى ويقدمها للخصم لدى البنك الذى يتعامل معه. تتسم هذه الطريقة فضلاً عن الموقف الغريب الناتج عن قيام البائع بالإقتراض للبيع، بالتعقيد والجمود والكلفة الناتجة عن عملية الخصم، وبالنسبة لائتمان المشترى القائم على شرط الاحتفاظ

---

(١) Lyonnet, La Faillte de la faillite, F. p. 1980. 1. 119.

بالملكية يؤدى إعماله إلى تمكين المشترى، فى أغلب الأحوال من الوفاء بالثمن نقداً بفضل مساعدة بنكه، الذى بحلوله محل البائع فى إستيفاء حقه، يستطيع طلب إسترداد البضاعة طبقاً للشروط التى يحددها القانون، بل وكذلك طلب فسخ عقد البيع دون أن يكون طرفاً فيه، وينبغى عليه أخيراً تخزين البضاعة المستردة وإعادة بيعها، وبفضل البنك، تفادياً لمشقة تلك الإجراءات، توكيل عميله فى القيام بها مع التزامه برد ثمن إعادة بيع البضاعة، للبنك.

(و) طبيعة الشرط:

يثير شرط الاحتفاظ بالملكية بعض الصعوبات فى العلاقة بين البائع والمشترى سواء فيما يتعلق بالمركز القانونى للمبيع ومصير عناصر حق الملكية قبل الوفاء بالثمن، ومدى أحقية البائع فى إسترداد المبيع فى حالة عدم إستيفاء الثمن وإمكانية هذا الاسترداد من الناحية العملية. تبدو الصعوبة الحقيقية فى حالة إفلاس المشترى، ومدى أحقية البائع فى التمسك بالشرط قبل جماعة الدائنين. رفض كل من القضاء الفرنسى والمصرى نفاذ الشرط فى هذه الحالة، أى أن القضاء فضل مصلحة الجماعة على مصلحة البائع إنطلاقاً من مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية الائتمان الظاهرى القائم على وجود المنقول فى حيازة المدين.

أدى موقف القضاء من الشرط إلى إضعافه والتقليل من فعاليته فى أداء دوره كأداة ضمان، بصفة خاصة فى حالة الإفلاس كخطر داهم يهدد حق الدائن. عزف الأفراد والموردون خاصة، عن الركون إلى الشرط فى تعاملهم وقلت بالتالى قيمته كعنصر إئتمان، تم اللجوء إلى الاحتفاظ بالملكية، بطريقة غير مباشرة، من خلال إضفاء وصف آخر على العلاقة كالإيجار البيعى والتأجير الائتمانى. يرفض القضاء، غالباً مثل هذا الوصف، بل أن المشرع نفسه قد نص صراحة على إعمال حكم البيع بالتقسيط على العلاقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً[1] لذا ثار التساؤل عن مدى كفاية وجدوى

(١) (م ٤٣/ ٤) مدنى مؤلفنا شرط الإحتفاظ بالملكية.

الضمانات الاتفاقية الأخرى المتعارف عليها إلى جانب الضمانات القانونية المقررة لضمان حق البائع.

إن شرط الاحتفاظ بالملكية نموذج واضح للتأثير المتبادل والتداخل الشديد بين القانون والاقتصاد في العصر الحديث، والدور الذى تلعبه النظم القانونية على صعيد الائتمان والنشاط الاقتصادى بصفة عامة. ويكشف الشرط المذكور أيضاً، عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان، بالإضافة إلى مفهومها الأساسى كحق عينى أصلى يخول صاحبه مكنات محددة، إزاء قصور نظم التأمينات التقليدية عن مواجهة مقتضيات التبادل التجارى من وجهة وضمان حق البائع إزاء مخاطر إعسار أو إفلاس المشترى من جهة أخرى.

ولعل الطبيعة الخاصة لشرط الاحتفاظ بالملكية تنبع، بالإضافة إلى طبيعته التعاقدية، من طابعه الائتمانى، فهو وإن تميز، من الناحية الفنية، عن التأمين العينى، إلا أن جوهره يكمن فى إحتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان لاستيفاء الثمن، ومن ثم لا يمكن إغفال نية الأطراف فى هذا المقام، ومدى حرص البائع على ضمان استرداد المبيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند إفلاس المشترى دون الدخول ضمن جماعة الدائنين. أصبح إستعمال الشرط المذكور والحديث عنه مرتبطا بالمصطلحات الائتمانية المترادفة مثل الضمان والتأمين المتميز أو الفعال، وأصبح الشرط جزءاً من ظاهرة عامة تتمثل فى نمو التصرف الائتمانى ككل، وتوظيف الملكية فى دور جديد كوسيلة ضمان، ويبدو هذا بوضوح على صعيد قانون البنوك حيث يزدهر نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان. ويكفى الإشارة فى هذا المقام، إلى الأوراق التجارية التى أصبح التظهير الناقل لملكيتها هو المفضل غالباً، بالنسبة لها، عن التظهير على سبيل الضمان، وبدء التكييفات التقليدية فى التصدع أمام ضغط الأساليب الفنية الحديثة.

(هـ) حكم الشرط فى القانون المصرى:

كان الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الأطراف، إلا أن الاحتجاج به على الغير كان، ولا يزال، يصطدم ببعض

العقبات، خاصة فى حالة إفلاس المشترى كان القضاء يرفض إمكانية إسترداد البائع للبضاعة المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها، فى حالة عدم إستيفاء ثمنها، بعد الحكم بشهر إفلاس المشترى، يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول على جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لأموال المشترى. ويؤدى ذلك إلى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التى دخلت للمشترى حديثاً، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط، بثمن بخس ليوزع غالباً على الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك، بطريق غير مباشر، فى سداد الديون العامة (ضرائب وتأمينات ..) المستحقة على المشترى.

من هنا كانت المخاطر الكبيرة وراء تسليم البضاعة إلى المشروعات المتعثرة وإحجام الموردين عن ذلك مما إستتبع صعوبة حصول هذه المشروعات على ما يلزمها للبقاء أو للنهوض أو الخروج من عثرتها ووقوعها السريع فى هاوية الإفلاس على التوالى وبطريقة تلحق الأضرار بالاقتصاد القومى.

نفصل لكل ذلك، الابقاء على شرط الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة عملية ومتعارف عليها فى العلاقات التجارية وينظمها الأطراف والعرف التجارى طبقاً لمعطيات التعامل وإحتياجاته وما يتسم به من مرونة وتطور. فالشرط المذكور يوفق بين مصلحة البائع فى ضمان حقه فى الثمن ومصلحة المشترى فى الانتفاع ودفع حركة نشاطه التجارى، ولكن مصلحة دائنى المشترى هى التى تظل موضع تساؤل.

يستوجب الأمر فى رأينا، إضفاء قدر أكبر من الفعالية على شرط الاحتفاظ بالملكية كى يقوم بأداء دوره فى تنشيط الحركة المالية وتدعيم التبادل التجارى ويصبح أداة إئتمان إلى جانب دوره كوسيلة ضمان ... ويغنى الأفراد عن البحث عن وسائل أخرى لضمان حقوقهم، صريحة أو مقنعة، كالبيع الايجارى والتأجير الائتمانى، والايجار المقترن بوعد البيع .... ويتأتى ذلك من خلال نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس. يتطلب الأمر عملية توفيق بين مصلحة هذه الجماعة ومصلحة البائع أى الوصول إلى ضمان حقه دون المساس بالائتمان الظاهرى للدائنين.

ونعتقد أن الوسيلة المناسبة هى تطلب الكتابة ثابتة التاريخ، أى أنه يلزم، لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائنى المشترى، وجود إتفاق كتابى على الشرط، ثابت التاريخ قبل أو لحظة تسليم البضاعة. لا يلزم ثبوت الكتابة فى محرر رسمى بل يكفى مجرد ورقة عرفية، وذلك لمنع تحايل المشترى إضرارا بحقوق دائنيه. ويمكن إعلام المتعاملين مع التاجر من خلال إلزامه بقيد البضاعة التى يشتريها محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية، فى سجل خاص أو جانب معين من دفاتره التجارية يسهل الاطلاع عليه مع تقدير الجزاء المناسب على مخالفته هذا الالتزام، ولعل إهدار الثقة فى التاجر المخالف، أو غير المنتظم فى إجراء القيد، أثر توقيع الجزاء عليه، يعد جزاءاً رادعاً فى هذا المقام.

إن إشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدنى فيما يتعلق بنفاذ التصرف قبل الغير، إلا أنه يخالف ما هو مستقر فى القانون التجارى، ولكن لعل خطورة آثار نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب ذلك الاستثناء الذى، وإن شكل قيداً على حرية التعامل، إلا أن فائدته تعود على الجميع من خلال تحقيق الضمان والاستقرار اللازمين لحماية الائتمان التجارى. ولا يشكل ذلك مساساً قوياً بالرضائية الثابتة فى المعاملات التجارية نظرا لأن المادة ١٥ من قانون الإثبات ذكرت وسائل إثبات التاريخ على سبيل المثال لا الحصر، ويستطيع القاضى أن يعتد بأى أمارات قاطعة الدلالة على حقيقة تاريخ المحرر العرفى ويستند فى ذلك إلى وقائع قاطعة حتى لا يخل بالحماية التى كفلها المشرع للغير.

وبناء عليه يمكن إضافة نص فى القانون التجارى، أو فقرة جديدة لتقرير نفاذ حق البائع قبل جماعة الدائنين، فى إسترداد البضاعة التى يحتفظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها، وأحقيته فى حالة تصرف المشترى فيها، فى الحصول على ثمنها أو المتبقى منه فى ذمة المتصرف إليه، ولعل الصياغة تكون "يجوز إسترداد البضاعة التى إشترط البائع، فى محرر ثابت التاريخ قبل

تسليمها، الاحتفاظ بملكيتها، إذا ظلت على حالتها العينية. وإذا تم التصرف في البضاعة جاز استرداد ثمنها أو المتبقي منه لدى المتصرف إليه".

هذا الإقتراح الذى خلصنا إليه فى بحثنا عام ١٩٩٤ تبناه المشروع فى قانون التجارة الجديدة رقم ٧ لعام ١٩٩٩ بنصه فى المادة ٢/١٠٦ على أنه مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها فى باب الإفلاس لا يكون شرط الاحتفاظ بالملكية نافذاً على الغير إلا إذا كان الشرط مدوناً فى ورقة ذات تاريخ ثابت وسابق على حق الغير أو على إجراءات التنفيذ التى يتخذها الدائنون على المبيع. ولعل النفاذ هنا يعنى إمكان استرداد المبيع أو استيفاء ما تبقى للبائع من ثمن من قيمة المبيع أو من حصيلة التصرف فيه، وذلك بالأفضلية على الدائنين الآخرين.

الباب الرابع

بطلان العقد وعدم تنفيذه

إن المصير الطبيعي للعقد الصحيح هو التنفيذ، ولكن هناك بعض الحالات التي تزول فيها الرابطة العقدية قبل التنفيذ، وهي تلك التي يتم فيها زوال العقد بالبطلان، أو لا يتم تنفيذ العقد الصحيح أو فسخه ومن ثم نعرض للبطلان ثم لعدم التنفيذ.

الفصل الأول

بطلان العقد

نعرض لدراسة البطلان عبر مراحل ثلاث هي: مفهوم البطلان وأنواعه، تقرير البطلان، آثار البطلان.

المبحث الأول
مفهوم البطلان وأنواعه

المطلب الأول
مفهوم البطلان

(أ) **تعريف**:

البطلان nullité هو الجزاء الذى قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد (التراضى، المحل، السبب، الشكل فى العقود الشكلية)، أو شرط من شروط صحته (الأهلية، سلامة الإرادة). العقد الباطل هو العقد الذى لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح. فلا يقوم العقد صحيحاً إلا إذا استجمع أركان انعقاده من رضى ومحل وسبب والشكل فى حالة اشتراط القانون أو الاتفاق شكل محدد للانعقاد. ويبطل العقد إذا لم يستوف شرائط صحته، وذلك مثل وجود نقص فى الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة (غلط، تدليس، استغلال، إكراه).

ويترتب على البطلان اعتبار العقد أو التصرف القانونى غير موجود، وأنه لم يقم منذ البداية ولا يرتب أى أثر سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

(ب) **البطلان وعدم النفاذ**:

العقد غير النافذ هو عقد صحيح فيما بين طرفيه وينتج آثاره بينهما، ولكنه لا ينفذ فى حق الغير، وهو الأجنبى عن العقد، وذلك أعمالاً لمبدأ نسبية آثار العقود، فالعقد لا يسرى فى مواجهة شخص لم يشترك فيه. معنى ذلك أن عدم النفاذ أو عدم السريان يعنى أن العقد الصحيح المنتج لآثاره بين طرفيه لا يمكن الاحتجاج به فى مواجهة غير عاقديه، مثال ذلك إيجار ملك الغير، فهو صحيح وينتج أثره بين طرفيه، لكنه لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى. وكذلك

العقد الذى يبرمه النائب خارج حدود نيابته، فهو صحيح فيما بين النائب ومن تعاقد معه إلا أنه لا ينفذ فى مواجهة الأصيل.

(جـ) البطلان والفسخ:

الفسخ هو جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفى العقد لالتزامه. فالعقد ينشأ صحيحاً، وينتج آثاره بين طرفيه، إلا أن أحدهما لا يقوم بتنفيذ التزامه، فيكون للعاقد الآخر طلب فسخ العقد لكى يتحلل مما عليه من التزام. ولذلك فالفسخ لا يكون إلا فى العقود الملزمة للجانبين. والفسخ مثل البطلان من حيث الأثر المترتب عليه، كقاعدة عامة، زوال العقد بأثر رجعى أى منذ وقت إبرامه.

يرتبط البطلان بوجود خلل فى تكوين العقد عند إبرامه، فإذا توافرت أركان العقد وشروط صحته، فإنه ينشأ صحيحاً ويرتب آثاره، ولا يبطل إذا حدث بعد ذلك خلل فى أركانه أو شروطه، بل يمكن أن يؤدى ذلك إلى الفسخ. فالبطلان مرجعه عيب فى تكوين العقد، أما الفسخ فمرجعه خلل فى تنفيذ العقد أى لا حق لنشأته. فالعقد ينشأ صحيحاً ولا يحكم ببطلانه إذا فقد المتعاقد أهليته بعد إبرام العقد، أو إذا تغير الباعث كما لو استخدم المستأجر العين المؤجر فى غرض غير مشروع، أو إذا أصبح المحل مستحيلاً، كما لو هلك الشئ المبيع بعد العقد. فذلك لا يؤدى إلى بطلانه وإنما يعتبر سبباً من أسباب الفسخ.

المطلب الثانى
البطلان المطلق والبطلان النسبى

(أ) معيار التفرقة:

يستقر الفقه التقليدى على تقسيم البطلان إلى نوعين: مطلق absolue ونسبى rélative، وذلك بالنظر إلى أركان العقد من جهة، وشروط صحته من جهة أخرى. فإذا تخلف أحد أركان العقد كان البطلان مطلقا لخطورة العيب الذى لحق العقد. وإذا تخلف شرط من شروط صحة العقد كان البطلان نسبياً لأن العيب أقل خطورة ويكون العقد قابلا للإصلاح.

والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً يعتبر غير موجود قانوناً، فهو والعدم سواء، لتخلف ركن أو أكثر من أركان انعقاده[1]، ويتم ذلك إذا انعدم الرضاء، أو تخلف المحل أو السبب، أو كانا غير مشروعين، أو تخلف شكل العقد إذا اشترط القانون أو الاتفاق شكلاً لانعقاده. والعقد الباطل بطلاناً نسبياً يعتبر صحيحاً وتترتب عليه آثاره إلا أنه معيب يمكن أن يقضى ببطلانه، لذا يقال بأنه عقد قابل للإبطال. فإذا ما تقرر البطلان فالآثار واحدة في كل من البطلان المطلق والنسبى حيث يزول العقد في الحالتين بأثر رجعي. ويكون البطلان نسبياً في حالة تخلف شرط من شروط صحة العقد، وذلك مثل وجود عيب من عيوب الإرادة.

وينظر البعض حديثاً إلى البطلان المطلق والنسبى من وجهة نظر مغايرة هى طبيعة المصلحة محل الحماية. فالبطلان المطلق يتقرر إذا انطوى إبرامه العقد على مخالفة قاعدة تستهدف حماية مصلحة عامة. ويتقرر البطلان النسبى إذا انطوى إبرام العقد على مخالفة قاعدة تستهدف حماية مصلحة خاصة. وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها أنه إذا لم يحدد المشرع نوع البطلان فإنه يتحدد على ضوء الغاية التى تغياها المشرع من القاعدة محل المخالفة، فإن كانت حماية مصلحة عامة جرت أحكام البطلان المطلق، وإن كانت حماية مصلحة خاصة جرت أحكام البطلان النسبى[2].

---

(١) لم ير المشرع – وعلى ما صرحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى – محلاً للتفريق بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد المعدوم على أساس أن البطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد فى حكم الواقع أو القانون يحول دون انعقاده أو وجوده ويستتبع اعتبار العقد معدوماً ولئن كان المشرع قد استبدل عبارة "لا ينعقد" فى المادة ١٠١ من القانون المدنى بعبارة "لا يكون صحيحا" فى المادة ١٥٠ المقابلة لها فى المشروع التمهيدى، إلا أن ذلك وعلى ما جاء فى الأعمال التحضيرية لهذا القانون – مجرد تعديل لفظى فى صياغة النص لم يقصد منه الخروج عن التقسيم الثنائى للبطلان. (نقض ١٩٧٣/٤/٢١ س ٢٤ ص ٦٤٩).

(٢) نقض ١٩٧٥/١٢/٢١ س ٢٦ ص ١٧٤٦.
المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الأصل فى الإرادة هى المشروعية فلا يلحقها بطلان إلا إذا نص القانون على بطلان الالتزام الناشئ عنها صراحة أو كان هذا=

(ب) **حكم العقد الباطل والعقد القابل للإبطال:**

يقع العقد باطلاً إذا تخلف ركن من أركانه، فهو لا يقوم لأنه لم ينعقد أصلاً ولا وجود له شرعاً، ولهذا لا يرتب آثاراً فى الحال أو المستقبل، ويجوز لأى من الطرفين ولكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه والامتناع عن تنفيذه، وللمحكمة أن تقضى ببطلانه من تلقاء نفسها فى أى وقت، ولا يقبل الإجازة.

العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد توافرت له كل أركانه، ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة، كما لو صدر من شخص ناقص الأهلية أو شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال. إن مثل هذا العقد ينشأ ويلزم أطرافه ويرتب آثاره. ولكن يجوز للمتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته، بسبب نقص أهليته أو تعيب إرادته، أن يطلب إبطاله، وله أن يجيزه. وإذا سكت مدة معينة سقط حقه فى طلب الإبطال بالتقادم. فالعقد ينشأ صحيحاً ويظل كذلك حتى يقضى ببطلانه، فهو صحيح فى الحال وواجب النفاذ، إلا أنه يكون مهدداً بالإبطال، ويحق لمن تقرر بالبطلان لمصلحته أن يطالب إبطاله وله أن يجيزه ويطلب إلزام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته.

(جـ) **حالات البطلان المطلق:**

يتقرر البطلان المطلق فى حالة تخلف أحد أركان العقد وذلك فى الحالات الآتية[1]:

=الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب محلا أو سبباً أو كان على خلاف نص آمر أو ناه فى القانون. ويتحدد نوع البطلان بالغاية التى تغياها المشرع من القاعدة محل المخالفة فإن كانت حماية مصلحة عامة جرت أحكام البطلان المطلق وجوز لكل ذى مصلحة التمسك به (الطعن رقم ١٩٨٤ سنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/٣/١٢ س ٤١ ص ٧٣٣).

(١) فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو اعتبارات موضوعية ففى الحالة الأولى يكون العقد الذى لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ولكن بالقدر الذى يتطلبه القانون من الشكل، ولما كان الشكل من صنع القانون فإن القانون هو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به، أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية كما هو الحال فى انعدام أحد أركان العقد الثلاثة الرضا والمحل والسبب، فإن هذا البطلان هو الذى يخضع للقواعد العامة وقد عالج المشرع هذا النوع من البطلان=

١- إذا انعدم الرضاء، كما لو تم إبرام العقد عن طريق شخص عديم الأهلية غير مميز أو مجنون، أو تحت تأثير الغلط المانع أو الإكراه المادى، وفى حالة عدم تطابق القبول مع الإيجاب.

٢- إذا كان المحل غير موجود أو مستحيل أو غير مشروع أو غير معين أو غير قابل للتعيين.

٣- إذا تخلف السبب أو اتسم بعدم المشروعية.

٤- إذا تخلف الشكل الذى يتطلبه القانون كركن فى العقد، كما هو الحال فى اشتراط الرسمية لإبرام بيع السفينة أو الطائرة.

٥- إذا ورد فى القانون نص خاص يقضى ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً. مثال ذلك اشتراط تحديد مدة معينة لانعقاد الوعد بالتعاقد وبيع الوفاء، وبيع أموال الدولة الخاصة بغير طريق المزاد عند اشتراط القانون ذلك[1].

٦- وتقرر محكمة النقض بأن البطلان يكون مطلقاً بالنسبة للاتفاق المخالف لكل قاعدة قانونية مصحوبة بجزاء جنائى. فإذا قرر المشرع جزاءاً جنائياً عن مخالفة القاعدة القانونية فإن الاتفاق المخالف لهذا القاعدة يقع باطلاً

=بالقواعد المنصوص عليها فى المواد ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤ من القانون المدنى وتخلص فى أن العقد الباطل منعدم الأصل ولا ينتج آثاراً ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة وفى حالة البطلان يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد وإلا جاز الحكم بالتعويض ويتحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح إذا توافرت فيه أركان العقد الأخير دون إضافة لأى عنصر جديد إليه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرامه. (الطعنم رقم ٧٤٤٨ سنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٤/٤/١٤).

(١) ومثال ذلك أيضاً: مفاد نصوص القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم تملك غير المصريين للعقارات أن المشرع حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية والأراضى الفضاء ما لم تتوافر إحدى الحالات الواردة بالمادة الثانية أو بتوافر فى التصرف الشروط المبينة بالمادة الخامسة منه. وإلا كان التصرف باطلاً وتقضى المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها (الطعن رقم ٣٠٧٠ سنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/١/٢٤ س ٣٦ ص ١٤٢).
انظر مؤلفنا فى القانون الزراعى، الإسكندرية ١٩٩٩.

بطلانا مطلقا، لأن تقرير الجزاء الجنائى يكشف عن تعلق تلك القاعدة بالمصلحة العامة أى بالنظام العام[1].

٧- يستقر القضاء أيضاً على الحكم بإبطال التصرف المبنى على الغش نحو القانون، أى إذا كان الغرض منه الاحتيال على تطبيق القانون، للتهرب من حكم يتعلق بالنظام العام[2].

(د) حالات البطلان النسبى:

يكون العقد قابلاً للإبطال أو باطلاً نسبياً فى عدة حالات هى:

١- إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، كالصبى المميز والسفيه وذو الغفلة.

٢- إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة، وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

٣- إذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بالبطلان النسبى للعقد. كما فى حالة بيع ملك الغير، حيث يكون للمشترى طلب إبطال العقد.

---

(١) نقض ١٩٨٢/١١/١٠ س ٣٣ ص ٨٨٧.
أنظر مؤلفنا فى بطلان البيع الثانى، الإسكندرية ١٩٩٥.

(٢) Pousson, les effets produits par un Contrat atteint d'une nullité Totale, p. 734.

المبحث الثاني
تقرير البطلان

نعرض في هذا المقام لمسائل ثلاث: التمسك بالبطلان، الإجازة، التقادم.

المطلب الأول
التمسك بالبطلان

(أ) **التمسك بالبطلان المطلق:**

إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها[1].

أولاً: من هو صاحب المصلحة؟ هو كل صاحب حق يتأثر بصحة العقد وبطلانه، أى أن يكون من شأنه صحة أو بطلان العقد التأثير فى حقوق طالب البطلان. ويتحقق ذلك بالنسبة لكل من المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين.

١- يجوز لأى من المتعاقدين طلب البطلان. مثال ذلك التعاقد على توريد صفقة من المخدرات أو إنجاز عمل غير مشروع.

ولكن هذه القاعدة يرد عليها بعض الاستثناءات حيث يقتصر حق طلب بطلان العقد الباطل بطلاناً مطلقاً على أحد الطرفين دون الآخر، ويحدث ذلك بمناسبة الاتفاق المخالف لقاعدة متعلقة بالنظام العام الحمائى، حيث يتقرر البطلان لحماية شخص معين فى مواجهة شخص آخر، فلا يمكن لمن وجه ضده البطلان أن يتمسك به. مثال ذلك تقرير البطلان المطلق لكل اتفاق مخالف

---

(١) تنص المادة ١٤١ مدنى على أنه:
١- إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة.
٢- وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد.

للقواعد الآمرة المقررة لحماية حقوق العامل، حيث يقتصر التمسك ببطلانه على العامل.

وفى حالة الوفاة فإن حق طلب البطلان ينتقل إلى الخلف العام، وهم الورثة والموصى لهم بحصة من التركة. فإذا باع شخص لآخر شيئاً غير مشروع، كان لأى منهما التمسك بالإبطال، وإذا توفى المشترى وطالب البائع ورثته بالثمن كان للورثة التمسك ببطلان البيع.

٣- ويجوز للخلف الخاص كذلك التمسك بالبطلان وذلك إذا كان حقه يتأثر بوجود أو بطلان العقد الذى أبرمه السلف. فالخلف الخاص هنا هو كل من تلقى من أحد المتعاقدين حقاً يتأثر ببطلان العقد وصحته. ويجوز للمشترى الثانى التمسك ببطلان عقد المشترى الأول كى تؤول إليه العين المبيعة خالصة.

٤- ودائنوا كل من المتعاقدين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذا كان العقد يضر بحقوقهم. فدائنوا البائع لهم مصلحة فى البطلان لاسترداد المبيع والتنفيذ عليه، ودائنوا المشترى لهم مصلحة فى استرداد الثمن للتنفيذ عليه بحقوقهم. ويمارس الدائن دعوى البطلان باسمه الشخصى مباشرة أى بصفته الشخصية وباعتباره صاحب مصلحة فى التمسك بالبطلان. ويجوز للدائن أيضاً أن يطلب بصفته نائباً عن مدينه الذى ابرم العقد، وذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة إذا توافرت شروطها.

٥- ويجوز للغير الأجنبى عن المتعاقدين التمسك بالبطلان متى كانت له مصلحة فى ذلك. فيجوز لمشترى العقار التخلص من دعوى الشفعة التى يرفعها عليه الجار، عن طريق التمسك ببطلان سند ملكية هذا الجار الشفيع للعقار الذى يشفع به. وتؤكد محكمة النقض أنه يمكن رفع الدعوى من صاحب المصلحة فى رفعها كأن يكون له حق حال تقتضى المحافظة عليه بطلان العقد، فيطلب بطلانه ولو لم يكن طرفاً فيه[1].

---

(١) نقض ١٩٣٧/١/٢٨ المجموعة فى ربع قرن ح١ ص ٦٢٣.

فإذا انعدمت المصلحة بالمعنى المتقدم فلا يمكن التمسك بالبطلان، فلا يجوز لغير هؤلاء السابق عرضهم طلب البطلان، فلا يجوز للتاجر التمسك ببطلان عقد شركة يخشى منافستها له. فالمصلحة فى مثل هذه الحالات لا تبرر طلب البطلان لأنها لا تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه.

ثانياً: ويجوز للمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها، فى أية حالة تكون عليه الدعوى، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانونى، بل ويجب على المحكمة الحكم بالبطلان المطلق حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم وذلك لتعلق الأمر بالمصلحة والنظام العام. فإذا رفع البائع دعوى على المشترى يطالبه بالثمن فيتبين للقاضى أن المبيع هو مال عام مخصص للمنفعة العامة، هنا يقضى القاضى ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية المحل.

ثالثاً: وللنيابة العامة التمسك بالبطلان فى الحدود المقررة لها قانوناً. مثال ذلك الدعاوى التى ترى النيابة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام.

(ب) التمسك بالبطلان النسبى:

إن البطلان النسبى أمر مقرر لحماية المتعاقد ناقص الأهلية أو الذى شاب إرادته عيب معين، لذلك فإن المتعاقد الذى شرع البطلان لمصلحته هو وحده الذى يستطيع التمسك به، وليس للمتعاقد الآخر حقاً فى طلب إبطال العقد، فالتمسك بالبطلان يكون من حق من تعيبت إرادته بعيب الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال دون الطرف الآخر. والتمسك بالبطلان لنقص الأهلية يكون من حق القاصر وممثله القانونى. وقد يكون العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الطرفين وذلك مثل وقوع المتعاقدين فى الغلط.

وينتقل الحق فى طلب الإبطال إلى ورثة صاحب الحق فيه أى إلى الخلف العام، حيث يحل محل السلف فى كل ماله، فتؤول إليه جميع الحقوق التى كانت لسلفه. ومعنى ذلك أن الوارث يجوز له طلب الإبطال بمقتضى نفس الحق المباشر الذى كان للمورث.

ويجوز للخلف الخاص التمسك بالبطلان النسبى بوصفه دائناً عادياً لسلفه، وهنا يكون طلب البطلان عن طريق الدعوى غير المباشرة، ويستطيع الخلف الخاص التمسك بالإبطال كحق مباشر له باعتباره من مكملات الشئ الذى تلقاه عن سلفه. مثال ذلك من يشترى أرض تحت تأثير الغلط ثم يقوم ببيعها لشخص آخر. هنا يجوز للمشترى الثانى التمسك ببطلان عقد شراء سلفه للشئ المبيع إما عن طريق الدعوى غير المباشرة بوصفه دائناً للبائع، وإما بوصفه خلفاً خاصاً له حق مباشر انتقل إليه باعتباره من مكملات الحق الذى تلقاه من البائع.

ويجوز لدائنى المتعاقد ممارسة دعوى الإبطال باسم مدينهم ونيابة عنه طبقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة، وليس لهم التمسك بالبطلان النسبى بصفتهم الشخصية.

(جـ) الحكم بالبطلان:

أولاً: العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا ينعقد أصلاً فهو غير موجود، ومن ثم فإن بطلانه لا يحتاج إلى تقرير من القضاء، فالأصل أنه ليس هناك حاجة إلى صدور حكم ببطلانه، فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه.

ولا تثور أية صعوبة إذا لم يكن أى من الطرفين قد شرع فى تنفيذ العقد، هنا يجوز لكل منهما أن يتصرف على أساس عدم وجوده دون حاجة إلى استصدار حكم ببطلانه. وإذا طالب أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته كان للطرف الآخر أن يدفع تلك المطالبة ببطلان العقد، فللبائع أن يتصرف فى الشئ المبيع من جديد، وللمشترى أن يحتفظ بالثمن وينفقه فى أى وجه آخر.

وتثور الصعوبة فى حالة ما إذا كان قد تم تنفيذ العقد ولو جزئياً، كما لو كان المشترى قد تسلم المبيع ويرفض رده، هنا لا مفر من اللجوء إلى القضاء لاسترداد المبيع. يتعين على المحكمة أن تبحث مسألة البطلان، وتقضى به إذا ما تبين لها ذلك، وتلزم المشترى برد المبيع للبائع، والحكم الصادر لا ينشئ البطلان بل كاشف ومقرر له، فالعقد باطل قبل صدور الحكم.

ثانياً: العقد القابل للإبطال موجود وينتج آثاره، وهو يظل كذلك إلى أن يتقرر بطلانه، ولا يتقرر الإبطال بالإرادة المنفردة، بل لابد من الاتفاق عليه أو صدور حكم به. إذا كان أحد المتعاقدين إرادته معيبة، فإنه لا يستطيع تقرير إبطال العقد بإرادته المنفردة، بل عليه، فى حالة عدم تسليم الطرف الآخر بالبطلان، إقامة دعوى بطلب إبطال العقد. وما دام هذا الحكم لم يصدر، فإن العقد يظل قائماً ومنتجاً لآثاره باعتباره عقداً صحيحاً. فالمشترى الواقع فى غلط لا يستطيع أن يمتنع عن دفع الثمن إلا إذا تمسك ببطلان العقد أمام القضاء وصدر الحكم بذلك.

ويبطل العقد إذا صدر الحكم بإبطاله، والحكم هنا ينشئ حالة البطلان، لأن العقد كان صحيحاً ومنتجاً لآثاره. ولكن الحكم بالإبطال يكون له أثر رجعى، بمعنى أن العقد المحكوم بإبطاله يزول منذ إبرامه، وتزول كل الآثار التى ترتبت عليه فى الفترة ما بين الإبرام وتاريخ صدور الحكم. ولذلك فإنه بعد الحكم بإبطال العقد الباطل بطلاناً نسبياً يصبح مثل العقد الباطل بطلاناً مطلقاً تماماً، أى أنه إذا ما تقرر البطلان فالآثار واحدة فى البطلان المطلق والبطلان النسبى.

ثالثاً: من المقرر فى حالة البطلان المطلق أنه يجوز للمحكمة أن تقضى ببطلان العقد من تلقاء نفسها ولو لم يطلب الخصوم ذلك، ولها أن تفعل ذلك فى أية مرحلة من مراحل الدعوى: أول درجة أو الاستئناف أو النقض. أما فى حالة البطلان النسبى فليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، بل لابد من أن يتمسك به صاحب المصلحة.

وإذا توافر سبب البطلان أو الإبطال وطلبه صاحب المصلحة أو من تقرر البطلان لحمايته، تعين على القاضى أن يحكم به، فليس للقاضى سلطة تقديرية فى قبول أو رفض الحكم بالبطلان، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. ومثاله العقد المشوب بالاستغلال حيث يجوز للقاضى إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون.

وإذا تم رفع دعوى بطلب إبطال العقد استناداً إلى سبب معين، وتم رفض الدعوى، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى جديدة بطلب إبطال نفس العقد تأسيساً على طلب آخر مختلف لأن القضاء برفض دعوى الإبطال أو البطلان بسبب معين لا يعنى القضاء بصحة العقد ذاته. إذا رفع البائع دعوى ببطلان العقد استناداً إلى عدم تعيين المحل ورفضت، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى جديدة لإبطال نفس العقد تأسيساً على وقوعه فى غلط جوهرى. أما إذا رفع المشترى دعوى بصحة العقد وصدر حكم بقبولها فإنه يمتنع بعد ذلك الطعن فى العقد استناداً إلى أى سبب آخر كان من الممكن إبداؤه فى تلك الدعوى، فالمحكمة تتعرض من خلال الحكم بصحة العقد إلى كافة أسباب البطلان التى قد تشوب العقد(1).

المطلب الثانى
إجازة العقد القابل للإبطال

(أ) **نطاق الإجازة:**

من المقرر أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يقبل الإجازة، أما العقد القابل للإبطال فيقبل الإجازة، وهى لذلك تصحح البطلان النسبى حيث يتنازل من تقرر الإبطال لصالحه عن طلبه.

أولاً: العقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم، ونظراً لأن البطلان يتعلق بالنظام العام فإن أى من الطرفين لا يملك إجازته. وليس للفرد أن يجيز الاتفاق المنطوى على المساس بالمصلحة العامة. فبيع المال العام يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً وليس للطرفين حق إجازته أو التنازل عن التمسك ببطلانه، والإجازة أو التنازل لا يقلب العقد صحيحاً، بل يظل على بطلانه ويمكن للمتعاقدين الامتناع عن تنفيذه.

ويجوز للطرفين إعادة إبرام العقد الباطل من جديد مع تفادى سبب البطلان، ويتطلب ذلك توافق الإرادتين لأننا بصدد عقد جديد ينشأ من وقت

---

(1) نقض ٢١/٤/١٩٦٦ س ١٧ ص ٨٩٩.

إبرامه، لذلك يلزم توافر الأهلية فى كل من المتعاقدين فى ذلك الوقت. ويختلف ذلك عن الإجازة فهى عمل قانونى صادر من جانب واحد وهو المجيز، ولها أثر رجعى حيث تقلب العقد الباطل صحيحاً من وقت نشوئه، ويكفى توافر الأهلية فى المجيز وقت الإجازة.

ثانياً: الإجازة ترد على العقد القابل للإبطال لأنه عقد موجود قانوناً ومنتج لكل آثاره، ولا يبطل إلا بناء على طلب المتعاقد الذى شرع القانون الإبطال لمصلحته، فإذا تنازل هذا المتعاقد عن حقه فى طلب الإبطال وأجاز العقد، فإنه يستقر ويصبح نهائياً، ويعتبر العقد كأنه كان صحيحاً من الأصل، ولا يجوز المطالبة بإبطاله من جديد، لأن قابلية العقد للإبطال تزول بإجازة صاحب الحق فى ذلك.

(ب) مفهوم الإجازة، صورها، إثباتها:

١- **تعريف**: الإجازة هى النزول عن حق طلب الإبطال، وتصدر من صاحب الحق فيها وهو المتعاقد الذى تقرر الإبطال لمصلحته، وهو الذى يملك النزول عنه، ويترتب على الإجازة تصحيح عقد ينقصه شرط من شروط الصحة، فيصير صحيحاً ويستقر بصفة نهائية.

والإجازة تصرف قانونى يصدر من جانب واحد (المجيز) وهو المتعاقد الذى يقرر القانون الإبطال لصالحه، فهى عمل قانونى منفرد، ومن ثم لا تحتاج إلى علم أو موافقة من الطرف الآخر وقبوله لها، فالإجازة تحدث أثرها دون حاجة إلى علم أو قبول الطرف الآخر.

٢- وتختلف الإجازة عن الإقرار، فالإجازة تصدر من طرف فى عقد قابل للإبطال فينقلب صحيحاً بصفة نهائية. أما الإقرار فهو تصرف من جانب واحد كالإجازة، إلا أنه يصدر من شخص أجنبى عن العقد، ويرد الإقرار على عقد صحيح، ويقصد به صاحبه إضافة آثار العقد إلى نفسه، أى يجعله سارياً فى حقه، رغم أنه لم يكن طرفاً فيه. مثال ذلك إقرار المالك لبيع الغير ملكه. وإقرار الموكل لتصرف الوكيل الذى جاوز فيه حدود الوكالة.

٣- الإجازة الصريحة والضمنية: والإجازة قد تكون صريحة أو ضمنية[1]. تكون الإجازة صريحة إذا صدرت من المجيز بعبارات تفيد بوضوح إتجاه نية المجيز إلى النزول عن حق طلب الإبطال، ولا يشترط فيها عبارات أو بيانات معينة أو شكل محدد.

أما الإجازة الضمنية فيستدل عليها من ظروف الحال، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً فى إفادة النزول عن حق التمسك بالإبطال، ذلك أن النزول عن الحق لا يفترض ولا ينبغى التوسع فى تفسير ما يؤدى إليه. وتستفاد الإجازة الضمنية من أى عمل يصدر عن المجيز يكون قاطعا، من الظروف التى صدر فيها، فى دلالته على الإجازة. ويشمل ذلك كل سلوك من شأنه أن يفصح عن نية الإجازة. ولعل أهم صور الإجازة الضمنية هى أن يقوم من له الحق فى الإبطال بتنفيذ العقد وهو على بينة من الأمر، أو يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ العقد. ومثال ذلك يقوم المشترى ببيع الأرض التى اشتراها أو يبنى عليها رغم علمه بقابلية العقد الذى اشترى به تلك الأرض للإبطال لوقوعه فى غلط جوهرى.

٤- إثبات الإجازة: يقع عبء إثبات الإجازة على عاتق من يدعيها، وهو الطرف الآخر غير المجيز. ونظرا لأن الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بكافة الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن[2].

واستخلاص حصول الإجازة يعد من مسائل الواقع، ومن ثم يتمتع قاضى الموضوع بسلطة استخلاصها، فله أن يستظهر قيام الإجازة الضمنية للعقد من ظروف الحال ووقائع الدعوى ومستنداتها، دون أن يخضع فى تقديره لرقابة محكمة النقض طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله[3].

---

(١) تنص المادة ١٣٩ مدنى على أنه
١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية.
٢- وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد. دون إخلال بحقوق الغير.

(٢) نقض ١٩٩٥/٢/١ س ٤٦ ص ٣٠٢.

(٣) نقض ١٩٨٩/٥/١٠ س ٤٠ ص ٢٤٩.

(جـ) **شروط الإجازة:**

الإجازة تصرف قانونى، لذلك يلزم لصحتها توافر كافة شروط صحة التصرفات القانونية، ومن ثم ينبغى لصحة الإجازة توافر الشروط الآتية:

١- يجب أن تصدر الإجازة من صاحب الحق فى التمسك بإبطال العقد.

٢- يجب أن تتوافر لدى المجيز أهلية إبرام العقد الذى يجيزه. فإذا كان هذا العقد تصرفاً كالبيع، وجب توافر أهلية التصرف لدى المجيز أى بلوغ سن الرشد.

٣- يجب أن يكون المجيز عالماً بالعيب الذى يشوب العقد ويجعله قابلاً للإبطال. معنى ذلك أن المجيز تتجه نيته إلى النزول عن حقه فى طلب الإبطال وإجازة العقد رغم علمه بقابليته للإبطال وبالعيب الذى يشوبه.

٤- يجب أن تصدر الإجازة بعد زوال السبب الذى قرر القانون من أجله قابلية العقد للإبطال. فمن شاب رضاءه عيب لا تكون إجازته صحيحه إلا بعد زوال هذا العيب، وذلك حتى لا تكون الإجازة معيبة بدورها بنفس العيب، أى يجب أن تكون خالية من عيوب الرضاء. فإذا كان المتعاقد ما زال قاصراً أو واقعاً تحت تأثير الغلط أو الإكراه فإن الإجازة تكون معيبة ولا تنتج أثرها فى تصحيح العقد.

٥- ينبغى الإشارة إلى حالة البطلان الناجم عن مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام الحمائى، مثال ذلك القواعد التى تقرر حماية معينة للمستهلك والعامل. فإذا تم إبرام عقد عمل بالمخالفة للحد الأدنى للأجرة أو أيام الراحة المقررة للعامل فإن تلك الشروط المخالفة تقع باطلة، ويجوز للعامل التمسك بالبطلان. هنا ينبغى التحفظ فى استنتاج نزول العامل عن التمسك بحقه بسبب ضعف مركزه الاقتصادى والاجتماعى. ومن ثم لا يمكن أن تستفاد الإجازة أو النزول عن التمسك بالبطلان من سكوت العامل مدة طويلة، فلا تجوز الإجازة إلا بعد زوال حالة الضعف وعودة التوازن، ذلك أن علاقة التبعية والخضوع

لصاحب العمل تظل سائدة طوال مدة العقد، ولهذا فلا تصح الإجازة إلا بعد إنتهاء العقد.

(د) أثر الإجازة:

١- يترتب على الإجازة سقوط الحق في التمسك بإبطال العقد، ولا يمكن التمسك به بعد الإجازة، سواء كان هذا التمسك بطريق الدفع أو بطريق الدعوى. ويستقر العقد بصفة نهائية، فتؤدى الإجازة إلى تطهير العقد مما لحق به من عيب، ويصبح غير مهدد بالزوال، ويستمر بقاء العقد صحيحاً مرتباً آثاره كاملة وفقاً لشروطه. يعتبر العقد صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة، لأن للإجازة أثراً رجعياً.

٢- يقتصر أثر الإجازة على العيب الذى وردت عليه، ويترتب عليها تصحيح العقد من ذلك العيب. فإن كانت هناك عيوب أخرى، بقى باب الطعن مفتوحاً من أجلها.

٣- يقتصر أثر الإجازة على المجيز، فإذا كان البطلان مقرراً لمصلحة أكثر من شخص فإن الإجازة الصادرة من أحدهم لا تمس إطلاقاً حق الآخرين في طلب البطلان. فإذا باع عدة أخوة عقاراً وكان من بينهم قاصران وآخر إرادته معيبة بالغلط. فإن الإجازة الصادرة من أحدهم لا تؤثر في حق الآخرين في طلب الإبطال.

٤- إن الإجازة لا تخل بحقوق الغير. والمقصود بالغير هنا هو من تلقى حقا ممن تقرر الإبطال لمصلحته، ويترتب على الإجازة المساس بهذا الحق. مثال ذلك أن يبيع القاصر قطعة أرض ثم يقوم برهنها بعد بلوغه سن الرشد، فينشأ للدائن المرتهن حق على تلك الأرض، فإذا أجاز البيع بعد ذلك، فإن تلك الإجازة لا تؤثر في حق الدائن لأن الرهن يظل قائماً لمصلحته على الأرض.

ولا ينطبق ذلك على من يتلقى حقاً من المتعاقد الآخر الذى ليس له حق التمسك بالإبطال. فإذا اشترى قاصر عيناً، ثم قام البائع ببيعها مرة أخرى إلى مشترى جديد ظناً منه أن القاصر سوف يبطل العقد، ولكن القاصر أجاز العقد

بعد بلوغه سن الرشد، هنا تنتج الإجازة أثرها فى مواجهة المشترى الثانى وليس له التمسك بنشوء حق له لا ينبغى أن تمس به الإجازة.

المطلب الثالث
تقادم البطلان

ينبغى التفرقة فى هذا الصدد بين البطلان المطلق، والبطلان النسبى.

(أ) **البطلان المطلق**:

إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقا فإنه ينبغى التفرقة بين دعوى البطلان والدفع بالبطلان.

أولاً: تقادم دعوى البطلان: ينص القانون على سقوط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد[1]. وسقوط الدعوى لا يعنى أن العقد أصبح صحيحاً بل يظل باطلا، كل ما فى الأمر أن دعوى البطلان تصبح غير مقبولة بعد مضى المدة الطويلة. والحكمة من ذلك هى ضرورة الحفاظ على استقرار الأوضاع الفعلية التى وجدت منذ صدور العقد الباطل.

ويلجأ إلى دعوى البطلان عادة المتعاقد الذى نفذ التزامه ويرغب فى استرداد ما أداه، فيجب عليه أن يقيم دعواه قبل انقضاء مدة التقادم، فإذا انقضت تلك المدة فإن دعوى طلب الحكم ببطلان العقد ورد ما أداه لا تقبل لسقوطها بالتقادم. فإذا تسلم المشترى المبيع فى عقد بيع باطل ومرت مدة خمس عشرة سنة على البيع، ورفع البائع دعوى بطلان البيع واسترداد المبيع كان للمشترى أن يتمسك بسقوط تلك الدعوى بالتقادم.

ثانياً: الدفع بالبطلان لا يتقادم: إذا كانت دعوى الإبطال تسقط بالتقادم الطويل، فإن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة، معنى ذلك أنه

---

(١) التقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به أمام محكمة الموضوع وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعنين لم يتمسكوا أمام محكمة الموضوع بتقادم دعوى البطلان، فإنه لا يقبل منهم التمسك بالتقادم لأول مرة أمام هذه المحكمة. (الطعن رقم ٣٩ سنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ س ٢٨ص ١٩١٠).

يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع مهما طال الزمن. فإذا رفع المتعاقد فى عقد باطل دعوى يطالب فيها بتنفيذ العقد كان للطرف الآخر، الذى يكون فى مركز المدافع أو المدعى عليه، التمسك بالحق فى البطلان فى صورة دفع للتخلص من الدعوى المرفوعة بالعقد الباطل(١). ففى عقد البيع الباطل إذا طالب المشترى البائع بتسليم المبيع كان للأخير أن يدفع تلك المطالبة بتمسكه ببطلان البيع، مهما كانت المدة الفاصلة بين إبرام البيع وبين المطالبة.

(ب) البطلان النسبى:

إذا كان العقد قابلاً للإبطال أى باطلاً بطلاناً نسبياً، فإن الحق فى المطالبة بإبطاله يسقط بالتقادم بمضى المدة التى حددها القانون. ويترتب على سقوط هذا الحق أنه لا يجوز التمسك بالإبطال سواء عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع. ومن ثم فإن العقد يصبح صحيحاً بصفة نهائية، ويثبت هذا الوصف للعقد من وقت إبرامه.

وتختلف مدة تقادم دعوى الإبطال بحسب الأحوال:

أولاً: يسقط الحق فى التمسك بالإبطال بمضى ثلاث سنوات تبدأ من وقت اكتشاف الغلط أو التدليس أو من وقت انقطاع الإكراه، وفى جميع الأحوال يسقط الحق فى طلب الإبطال بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد(٢). معنى

---

(١) المقرر أنه ولئن كانت دعوى البطلان تسقط بمضى خمسة عشرة سنة إلا أن الدفع بهذا البطلان وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يسقط بالتقادم أبداً. ذلك أن العقد الباطل – يظل معدوماً فلا ينقلب مع ا ـمن صحيحاً، وإنما تتقادم الدعوى فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة أما إثارة البطلان كدفع ضمن دعوى مرفوعة بالعقد فلا تجوز مواجهته بالتقادم لأنه دفع والدفوع لا تتقادم (طعن ٣٠١١ ص ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٤/١٣).

(٢) تنص المادة ١٤٠ مدنى على أنه:
١- يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات.
٢- ويبدأ سريان هذه المدة، فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب، وفى حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذى ينكشف فيه، وفى حالة الإكراه، من يوم انقطاعه، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد.

ذلك أن هذا الحق يسقط بأقصر الأجلين: ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد. فإذا اكتشف المتعاقد وقوعه فى غلط بعد عامين من إبرام العقد، فإن الحق فى طلب الإبطال يسقط بعد مضى ثلاث سنوات من وقت إكتشاف الغلط. أما إذا تم اكتشاف الغلط بعد ثلاث عشرة سنة من تاريخ العقد فإن الحق فى الإبطال يسقط بعد مرور عامين من ذلك الاكتشاف أى بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد[1].

ثانياً: إذا كان سبب الإبطال هو نقص الأهلية، فإن الحق فى طلب الإبطال يسقط بالتقادم بمضى ثلاث سنوات من وقت اكتمال الأهلية، وذلك بصرف النظر عن المدة التى مضت من وقت إبرام العقد.

ثالثاً: وفى حالة الاستغلال فإن الحق فى التمسك بالإبطال يسقط بمضى سنة تبدأ من تاريخ إبرام العقد، وهذه المدة، بخلاف مدة التقادم السابقة، هى ميعاد سقوط لا تقبل الوقف أو الانقطاع.

---

(١) إن سقوط الحق فى إبطال العقد يكون بمضى ثلاث سنوات يبدأ سريانها بالنسبة لحالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى تكتشف فيه هذه الحالة بحيث إذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع باعتبار أن الدفع فى هذه الحالة لا يعدو أن يكون فى حقيقته دعوى فرعية بالإبطال (الطعن رقم ٢٤٨ سنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢١).

المبحث الثالث
آثار البطلان

ينصرف الحديث هنا إلى البطلان بنوعيه: المطلق والنسبى. وسبق أن رأينا أن الاختلاف بين النوعين قائم قبل تقرير البطلان. فإذا ما تم إبطال العقد القابل للإبطال (الباطل بطلاناً نسبياً) بالتراضى أو بحكم من القضاء، فإنه يصبح هو والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً سواء، حيث تترتب نفس الآثار، فيزول العقد فى الحالتين بأثر رجعى.

القاعدة أنه يترتب على بطلان العقد زواله بأثر رجعى(1). وفى بعض الحالات يزول العقد بصفة جزئية، وهذا ما يسمى بالبطلان الجزئى أو إنقاص العقد. وهناك حالات أخرى يتحول فيه العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، وهذا ما يسمى بتحول العقد. ويثور التساؤل أخيراً عن إمكانية طلب التعويض عن بطلان العقد.

ويندر إعمال أحكام البطلان فى العقود الدولية، حيث يجرى العمل على تفادى وقوعه من خلال البدائل بالتصحيح والتعويض.

المطلب الأول
زوال العقد الباطل

يترتب على البطلان زوال العقد، ويختلف الحكم، فى هذا الصدد، فيما بين المتعاقدين عنه بالنسبة للغير.

---

(1) بطلان العقد بطلاناً مطلقاً لسبب معين لا يمنع طرفيه من إبرام عقد جديد بدلاً منه لا يشوبه البطلان.

الفرع الأول

أثر البطلان فيما بين المتعاقدين

يترتب على بطلان العقد عدم جواز المطالبة بتنفيذه، وزواله بأثر رجعي بحيث يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد.

(أ) عدم جواز المطالبة بالتنفيذ:

يترتب على بطلان العقد زواله، ولا تتولد عنه الآثار المقصودة من إبرامه. فإذا كان العقد الذى تقرر بطلانه لم يبدأ تنفيذه بعد من أى من الطرفين، فلا يلتزم أى من المتعاقدين بشئ نحو الآخر. لا يجوز لأى منهما أن يطالب الآخر بتنفيذ التزاماته التى يرتبها العقد فيما لو كان صحيحاً. فإذا طالب أحد العاقدين بشئ من ذلك. كان للطرف الآخر أن يدفع هذه المطالبة بالبطلان.

فإذا كنا بصدد بيع باطل أو تم إبطاله وطالب المشترى البائع بتسليم المبيع كان للبائع أن يدفع هذه المطالبة بالبطلان. ونفس الشئ عند المطالبة بالثمن يجوز للمشترى توقى ذلك بالدفع بالبطلان.

(ب) الالتزام بالرد:

يترتب على صدور حكم بإبطال العقد أو ببطلانه زواله بأثر رجعى. يبطل العقد بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ويزول كل أثر له. فالحكم القضائى يكون كاشفاً وليس منشئاً لحالة البطلان أو الإبطال.

ويعنى الأثر الرجعى عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ويلتزم كل منهما بأن يرد للآخر ما حصل عليه بموجب العقد الذى تم إبطاله. ويستوى فى ذلك العقد الباطل والعقد القابل للإبطال.

ويثور ذلك فى حالة ما إذا تم تنفيذ العقد الباطل كلياً أو جزئياً من أحد الطرفين أو منهما معاً ثم يتقرر البطلان بعد ذلك، هنا يتعين، إعمالاً للأثر

الرجعى للبطلان، إعادة المتعاقدين للحالة التى كانـا عليـها قبـل التعـاقد. فـإذا تـم تنفيذ عقد بيع باطل وجب رد المبيع للبائع[١] ورد الثمن للمشترى.

وأساس الإلتزام بـالرد هـو دفـع غيـر المسـتحق. فمـن المقـر أنـه يجـب استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قـد تـم تنفيـذاً لإلـتزام لـم يتحقـق سـببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق[٢]. فنتيجة للأثر الرجعى لبطلان العقد أو لإبطاله يعتبر كل متعاقد قد أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر من غير أن يكـون لـه حـق فيه، ومن ثم يلتزم برده إليه[٣].

(جـ) نطاق الالتزام بالرد:

إن قاعدة الالتزام بالرد ليست مطلقة بل ترد عليها بعض القيود[٤] التـى ترجع لاعتبارات الواقع واستقرار المعاملات ومراعاة بعض المصالح الجديـرة بالحماية.

أولاً: الأصل أن يكون الرد عيناً بحيث يرد كل متعاقد للآخر ما حصـل عليه بموجب العقد، إلا إنه قد يتعذر على المتعـاقد، أحيانـاً، رد عيـن مـا حصـل عليه، كما إذا كان الشئ قد هلك أو تلف. هنا يمكن إلزام المتعـاقد الـذى اسـتحال عليه الـرد بدفـع تعويـض معـادل[٥]، والمفـروض فـى هـذا التعويـض أن يكـون بحسب قيمة الشئ المبيع مثلاً. ومفاد ذلك أن التعويض المعادل يقـوم مقـام الـرد

---

(١) ما لم تكن الملكية قد آلت إلى المشترى بسبب آخر من أسباب كسب الملكيـة، نقـض ١٩٨٨/٣/٢٢ س ٣٩ ح ١ ص ٤٥١.

(٢) م ١٨٢ مدنى.

(٣) نقض ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ ص ٧٣٥.

(٤) تنص المادة ١٤٢ مدنى على أنه:

١- فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانـا عليـها قبـل العقد. فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل.

٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يـرد غيـر مـا عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

(٥) م ١/١٤٢ مدنى. وترى محكمة النقض أن أساس الحكم بالتعويض المعـادل فـى حالـة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التـى كانـا عليـها قبلـه، إنما هو المسؤولة التقصيرية. نقض ١٩٦٩/٦/٤ س ٢٠ ص ٨٦٨.

العينى. ولا يعتبر هذا التعويض من قبيل الثمن ولا يخضع لأحكامه، وإنما يخضع لأحكام التعويض وحدها.

ثانياً: إذا ترتب على تنفيذ العقد الباطل إنتقال حيازة شئ إلى أحد الطرفين، هنا يتعين حمايته إذا كان حسن النية لا يعلم بسبب البطلان. وتتمثل الحماية فى عدة وجوه:

١- يعامل معاملة الحائز حسن النية فيما يتعلق بالثمار، فهو يلتزم برد الشئ الذى تسلمه ويحتفظ لنفسه بالثمار سواء استهلكها أم لا، ويلتزم برد الفوائد والثمرات من يوم رفع دعوى البطلان[١].

٢- يعامل المتعاقد معاملة الحائز الذى يلتزم برد ما يحوزه وذلك بالنسبة للمصروفات التى قد يكون أنفقها عليه[٢].

٣- إذا كان المتعاقد الحائز حسن النية فلا يلتزم بدفع أى تعويض مقابل الانتفاع بالشئ الذى يلتزم برده إلى الطرف الآخر، ومن ثم لا محل لأى تعويض معادل عن الاستهلاك فى الفترة ما بين تسلم الشئ وإبطال العقد.

٤- لا يلتزم المتعاقد حسن النية، فى حالة الهلاك الكلى للشئ الذى يحوزه. إلا بدفع مقدار ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك مثل أنقاض المنزل. وفى حالة سوء النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشئ أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا أثبت أن الشئ كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد صاحبه[٣].

---

(١) م ١٨٥ مدنى.

(٢) وتطبق أحكام المادة ٩٨٠ التى تقضى بأن على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية. فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة. أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤، ٩٢٥ مدنى.

(٣) م ٩٨٣، ٩٨٤ مدنى.

ثالثاً: يستحيل إعمال الأثر الرجعي للبطلان عيناً في العقود الزمنية، مثل عقد الإيجار وعقد العمل، حيث يستحيل مادياً إزالة بعض الآثار التي ترتبت عليها في الماضي، فلا يمكن رد المنفعة التي حصل عليها المستأجر أو رد العمل الذي أداه العامل. هنا يلتزم المستأجر بأن يدفع تعويضاً عن الانتفاع الذي حصل عليه، ويتم تقدير هذا التعويض، في الغالب، بمقدار الأجرة، ولكنه لا يعد أجرة، ولا تضمنه ضمانات الأجرة، فلا يكفله إمتياز المؤجر، ولا يتقادم بمدة تقادم الأجرة. ويلتزم صاحب العمل بأن يرد للعامل تعويضاً معادلاً لما أداه من عمل وبذل من جهد. يقدر القاضي، غالباً، هذا التعويض بما يعادل ما كان يستحقه العامل من أجر، إلا أن ذلك التعويض لا يعد أجراً ولا يخضع لأحكامه.

رابعاً: إذا تم إبطال العقد بسبب نقص الأهلية، فإن المتعاقد ناقص الأهلية يلتزم فقط برد ما عاد عليه من منفعة بسبب العقد. قرر المشرع هذا المبدأ لحماية ناقصي الأهلية واستثناهم من قاعدة الالتزام بالرد. فناقص الأهلية لا يلتزم برد ما حصل عليه بموجب العقد الباطل إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة مادية كانت أو معنوية. فإذا باع القاصر عقاراً وقبض ثمنه وأنفق أغلبه في اللهو وأنفق جزءاً يسيراً منه في ضروريات الحياة، فهو لا يلتزم، في حالة إبطال العقد، إلا برد هذا الجزء اليسير من الثمن للمشتري.

وبالرغم من أن النص يتكلم عن ناقص الأهلية إلا أن حكمه واجب التطبيق، من باب أولى، على عديم الأهلية لأنه أجدر بالحماية، ويعد ذلك إعمالاً للقاعدة العامة التي قررها المشرع بقوله إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به[1].

والأصل في الإنسان اكتمال الأهلية وعلى من يدعي نقص الأهلية إثبات ذلك. فمتى ثبت نقص الأهلية كان الحكم هو عدم التزامه برد ما . صل عليه من العقد الباطل. ويقع على الطرف الآخر الذي يريد استرداد ما لدى ناقص الأهلية، عبء إثبات ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، أي ينبغي على المتعاقد الآخر إقامة الدليل على أن ناقص الأهلية قد استفاد مما أخذه منه.

---

(١) م ١٦٨ مدني.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها أن عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه يقع على عاتق الدافع الذى يطلب رد ما دفع، فإذا عجز عن الإثبات كان ذلك موجباً فى ذاته لرفض طلبه[١].

خامساً: تقضى القاعدة الرومانية الشهيرة بأنه لا يجوز للطرف الملوث أن يتمسك بتلوثه. وأعمالاً لتلك القاعدة تضمن المشروع التمهيدى للقانون المدنى نصاً يقضى بأنه لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب. معنى ذلك أن حق المطالبة بالرد قاصر على الطرف الذى لم يخالف الآداب. فمستأجر الأرض لزراعتها مخدرات لا يجوز له استرداد ما دفعه.

ولكن هذه القاعدة لقيت معارضة حيث تتعارض مع منطق البطلان، إذ يمكن تنفيذ العقد بالنسبة لطرف دون الآخر، وإذا كان كلا الطرفين ملوثاً ونفذ أحدهما التزامه فإن تطبيق القاعدة يؤدى إلى مكافأة المتعاقد الآخر رغم أنه هو الآخر ملوث. لذلك تم حذف هذه القاعدة وعدم الأخذ بها.

وبناء عليه إذا كان العقد باطلاً بسبب عدم مشروعية المحل أو السبب، فإن لكل طرف أن يسترد ما أداه ولو كان البطلان يرجع إلى عدم المشروعية من ناحيته هو[٢].

الفرع الثانى

أثر البطلان بالنسبة للغير

نعرض للقاعدة العامة، ثم للاستثناءات الواردة عليها.

(أ) القاعدة العامة:

إذا تم إبطال العقد فإنه يعتبر كأن لم يكن ويزول كل أثر له سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

---

(١) نقض ١٩٧٩/٣/١٥ الطعن ٤٥٠ لسنة ٤٦ ق.

(٢) Van – Alexandre, les clauses mettant fin au Contreit et les clauses survivant à la fin du Contrat, R. D. A I. 2002, p. 407.

والغير هنا هو كل من تلقى حقاً من أحد المتعاقدين على الشئ الذى ورد عليه العقد الباطل، حيث يتعاقد الغير مع المتصرف إليه فى العقد الباطل بقصد إكتساب حق متعلق بالشئ موضوع هذا العقد. يقوم المتصرف إليه فى العقد الباطل بترتيب حق للغير على الشئ موضوع هذا العقد، كأن يبيعه أو يرهنه أو يؤجره أو يرتب عليه حق إرتفاق.

يؤدى منطق البطلان إلى زوال هذه الحقوق. فإذا رتب المشترى على العين التى اشتراها بعقد باطل أو قابل للإبطال رهناً أو حق إرتفاق مثلاً، ثم تقرر بطلان البيع، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التى رتبها المشترى. وكذلك لو باع المشترى العين إلى آخر، فإن البائع يستردها من المشترى الثانى. مؤدى ذلك أن الحق الذى يتلقاه الغير على الشئ الذى ورد عليه العقد الباطل يزول بالتبعية لبطلان هذا العقد. فبطلان سند المتصرف يستتبع زوال سند المتصرف إليه، لأن الشخص لا يستطيع أن ينقل إلى غيره أكثر مما يملك.

فإذا كان أحد الطرفين فى العقد الباطل قد تصرف فى حقه إلى الغير، فإن حق الغير يزول بالتبعية لزوال هذا العقد بالبطلان. فلو أن محمداً اشترى قطعة أرض من محمود بعقد باطل أو قابل للإبطال ثم باعها لأحمد، وبعد ذلك تقرر بطلان العقد، فإن محمود البائع يسترد الأرض من المشترى الثانى (أحمد). وإذا كان محمد قد رتب على الأرض رهناً أو حق ارتفاق أو حق انتفاع فإن محمود يسترد الأرض خالية من الرهن أو الارتفاق أو الانتفاع.

وزوال العقد بالبطلان لا يحتج به فقط على الغير أو الخلف الخاص بالمعنى السابق، بل يحتج به من باب أولى على الدائنين. وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها أن الحكم بإبطال العقد الصادر من المدين يكون حجة على دائنه لأن المدين يعتبر ممثلاً لدائنه فى الخصومات التى يكون هذا المدين طرفاً فيها،

ويستتبع الحكم إلغاء الآثار المترتبة على هذا العقد من وقت انعقاده بالنسبة للمتعاقدين والغير حتى ولو لم يصدر الحكم فى مواجهة الدائن[1].

(ب) الاستثناءات الواردة على القاعدة:

إن إعمال القاعدة السابقة على إطلاقها يمكن أن يؤدى إلى المساس بالمعاملات، فقد يترتب على تطبيق مبدأ الأثر الرجعى للبطلان على إطلاقه إلى الأضرار الفادح بالغير حسن النية الذى إستند إلى الوضع الظاهر ورتب معاملاته على أساس قيام العقد الباطل. ويقضى الصالح العام بوجوب مراعاة إستقرار التعامل ورعاية الائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التى يركن الناس إليها فى معاملاتهم.

لكل هذه الاعتبارات أورد المشرع بعض الاستثناءات التى بمقتضاها تظل الحقوق التى يكتسبها الغير على الشئ المتصل بالعقد الباطل وذلك فى حالات معينة، ويمكن التمييز فى هذا الصدد بين عقود التصرف، وعقود الإدارة، والاعتداد بالأوضاع الواقعية:

أولاً: عقود التصرف

وهنا يقرر المشرع حماية الغير المتصرف إليه فى الحالات الآتية:

١- يستطيع الغير حسن النية حماية حقه بالاستناد إلى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية. فإذا كان محل التعامل منقولاً وحازه الغير بسبب صحيح وحسن نية، فيصبح مالكاً له، ولا يمكن مطالبته برده. فلو أن محمد باع منقولاً لأحمد، ثم باع أحمد المنقول لمحمود أو رهنه له وانتقلت حيازة المنقول لمحمود، وتم إبطال البيع الأول بين محمد وأحمد، هنا يقضى منطق البطلان بعودة المنقول لمحمد خالصاً من الحقوق التى رتبها أحمد لمحمود، ولكن محمود، الذى تسلم المنقول بحسن نية وهو يجهل ما يشوب سند أحمد من أسباب البطلان، يمكنه الاستناد إلى قاعدة الحيازة فى المنقول ليكتسب على أساسها ملكية المنقول أو الحق العينى عليه رغم أنه تعاقد مع غير مالك.

---

(١) نقض ١٩٧٤/٢/٢٧ س ٢٥ ص ٤٥٠.

٢- إذا كان محل التعامل عقاراً كان للغير حسن النية أن يكتسب ملكيته بالتقادم الخمسى دون أن يتأثر بإبطال سند من تصرف إليه فى العقار. فلو باع محمد عقاراً لأحمد، ثم باع أحمد العقار لمحمود الذى حازه بحسن نية، ثم تم إبطال البيع الأول، هذا الإبطال لا يؤثر على حق محمود إذا حاز العقار مدة خمس عشرة سنة حيث يكتسب ملكيته بالتقادم الطويل، أو إذا سجل عقده وحاز العقار مدة خمس سنوات بحسن نية حيث يكتسب ملكيته بالتقادم الخمسى وهنا يشترط لأعمال التقادم الخمسى أن يكون سند ملكية المتصرف باطلاً بطلاناً نسبيا، أى أن يكون بيع محمد لأحمد قابلاً للإبطال، ذلك أن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يعد سبباً صحيحاً يجيز التملك بالتقادم الخمسى[1].

٣- إذا اكتسب الغير Tiers au Contrat حسن النية حقا عينيا على العقار الذى ورد عليه العقد الباطل وذلك قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بالحكم الصادر فيها فى هامش تسجيل العقد الباطل، فإن هذا الحق يظل قائماً لا يؤثر فيه البطلان[2]. مؤدى ذلك أن الحق الذى كسبه الغير بحسن نية لا يسقط بالرغم من إبطال سند ملكية من قرر له هذا الحق. وإذا كسب الغير حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فإن هذا الحق يزول نتيجة لبطلان سند من تصرف إليه، أما إذا كان الغير قد كسب حقه قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها فإن هذا الحق يبقى إذا كان حسن النية. مثال ذلك بيع محمد قطعة أرض لمحمود الذى يبيعها بدوره لأحمد، ثم يرفع محمد دعوى إبطال عقد البيع ويسجلها ويحكم ببطلان العقد. هنا يحتفظ أحمد بالأرض ولا يتأثر ببطلان سند محمود الذى باع له، ذلك أن أحمد سجل عقده وهو حسن النية ولم يكن يعلم عند شرائه للأرض بسبب البطلان. لذلك فإن محمود لا يستطيع، رغم الحكم بالإبطال، رد الأرض لمحمد، لهذا فإنه يلتزم بدفع تعويض معادل.

(١) Zimmerman, Good faith in European Contract law, 2002, p. 556.

(٢) تنص المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى على أنه يترتب على تسجيل دعاوى البطلان أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقا للقانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليه.

٤- لم يكتف المشرع بالمبدأ السابق بل أورد تطبيقاً خاصاً له بالنسبة للدائن المرتهن رهناً رسمياً إذا كان حسن النية. يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو زواله لأى سبب آخر[١]، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن. إذا رهن محمد الأرض التى اشتراها لأحمد ثم تقرر بطلان العقد الذى اشترى به، فإن الرهن يبقى قائماً طالما تم شهره قبل تسجيل صحيفة دعوى البطلان وكان أحمد حسن النية لا يعلم بسبب البطلان. ويترتب على البطلان أن البائع يسترد الأرض من محمد إلا أنها تظل محملة بالرهن لصالح أحمد، ويلتزم محمد بتعويض البائع عما يصيبه من ضرر بسبب وجود هذا الرهن.

ثانياً: عقود الإدارة:

بالنسبة لأعمال الإدارة الصادرة من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته، تظل قائمة لصالح من تعامل معه إذا كان حسن النية. فإذا كسب الغير حقاً يتعلق بالشئ الذى ورد عليه العقد الباطل، وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة، فإن هذا الحق يبقى بالرغم من البطلان. فلو اشترى شخص شقة بعقد قابل للإبطال ثم أجرها، فإن إبطال العقد لا يؤدى إلى زوال الإيجار، حيث يظل قائماً لصالح المستأجر، ويسترد البائع الشقة محملة بحق الإيجار.

ويشترط لبقاء عقود الإدارة بالرغم من البطلان ألا تكون مشوبة بغش من جانب من أبرمها، وأن يكون الغير حسن النية، وأن تكون ثابتة التاريخ قبل دعوى البطلان. فيشترط لبقاء عقد الإيجار مثلاً أن يكون بشروط مألوفة كأجرة المثل والمدة المعقولة، وأن يكون ثابت التاريخ قبل دعوى البطلان. وأن يكون المستأجر حسن النية، أى يجهل ما يشوب سند المتصرف من أسباب البطلان.

ثالثاً: الاعتداد بالأوضاع الواقعية:

حرص المشرع على حماية الغير حسن النية الذى يرتكن إلى وضع ظاهر واقعى، من نتائج بطلان العقود التى يكون من حقهم التعويل على قيامها،

---

(١) م ١٠٣٤ مدنى. أنظر مؤلفنا فى النظرية العامة للائتمان، الإسكندرية ٢٠٠١.

فبطلان العقد لا يمنع من وجوده كواقعة مادية قد توهم بوجوده القانونى، ويتولد عن ذلك مظهر يوهم بأن العقد صحيح، ويكون الشخص العادى معذوراً فى إعتقاده بصحة العقد وتعامله مع ذلك الوضع، هنا ينبغى حماية تلك الثقة المشروعة تشجيعاً للائتمان العام. ومن أمثلة الحالات التى إحترم فيها المشرع تلك الثقة:

١- الشركة الفعلية: اشترط القانون أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، إلا أن هذا البطلان لا يحتج به فى مواجهة الغير[(١)].

٢- صورية العقد: إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية، أن يتمسكوا بالعقد الصورى، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم. وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين[(٢)].

فإذا تم إبرام بيع صورى صورية مطلقة، هنا لا يوجد فى الحقيقة أى عقد ومع ذلك يجوز لدائن المشترى ولمن كسب منه حقاً عينياً على الشئ محل التصرف الصورى، إذا كان حسن النية، أن يعتبر أن العقد الصورى هو عقد حقيقى، وأن يرتب أموره على هذا الأساس.

المطلب الثانى

البطلان الجزئى (إنتقاص وتصحيح العقد)

هناك بعض الحالات التى يقتصر سبب البطلان فيها على جزء من العقد دون أن يصيب كل العقد، أى أن مخالفة القانون لا تشمل العقد بأكمله بل تنحصر فى شق أو شرط منه. هنا يلجأ المشرع إلى أحد أسلوبين:

---

(١) م ٥٠٧ مدنى.
عقد الشركى يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى للبطلان. إبطال عقد الشركة أو بطلانه لا يمنع أن تظل آثاره التى أنتجها من قبل قائمة. إعتبار العقد باطلاً من وقت الحكم النهائى الصادر بالبطلان لا قبله. أثره حق الشركاء فى تصفية الشركة إتفاقاً أو قضاءاً. ويحق للشريك تقاضى نصيبه فى الأرباح خلال فترة النشاط حتى صدور الحكم النهائى بالبطلان الطعن ٣٦٦١ س ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/١٢/٢١.

(٢) م ٢٤٤ مدنى. أنظر مؤلفنا فى أحكام الالتزام، الإسكندرية ٢٠٠٣.

الأول: البطلان الجزئى أو انتقاص العقد، حيث يتم إستبعاد الجزء الباطل، ويظل الباقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً. ويتحقق ذلك فى الفرض الذى لا يكون العقد فيها باطلاً بأكمله، وإنما يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال فى جزء منه وصحيحاً فى الجزء الآخر.

الثانى: تصحيح البطلان، حيث يتم إبطال الحكم المخالف للقانون فى العقد وتصحيحه بما يتفق مع الحكم الآمر الذى نص عليه المشرع.

(أ) **البطلان الجزئى أو الانتقاص**:

إذا كان العقد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله[1].

يعبر ذلك الحكم عن فكرة البطلان الجزئى أو إنتقاص العقد، فالبطلان هو جزاء على مخالفة القانون، ومن ثم يتعين إعماله فى إطار هذا الهدف، ويجب بالتالى أن يقتصر البطلان على الشق المخالف للقانون فى التصرف القانونى[2]. فإذا تضمن التصرف أو العقد شقاً أو شرطاً غير مشروع، فإن ذلك الجزء هو الذى يبطل ويظل الباقى منه صحيحاً ويرتب آثاره.

والهدف من ذلك هو الرغبة فى إنقاذ العقد وتفادى البطلان الكلى بقدر الإمكان، فإبقاء العقد خير من إبطاله، ويساهم ذلك فى استقرار المعاملات وإقتصاد الجهد والنفقات.

ولكن يشترط لأعمال تلك النظرية شرطان:

أولاً: قابلية العقد أو التصرف للتجزئة: يشترط لإبطال العقد فى شق منه مع بقائه قائماً فى باقى أجزائه. أن يكون المحل مما يقبل الانقسام بطبيعته divisibilité. ومعنى ذلك أنه إذا لم يكن العقد قابلاً للانقسام فإنه يترتب على بطلان جزء منه بطلان العقد بأكمله. وبعبارة أخرى إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً

---

(١) م ١٤٣ مدنى. نقض ١٩٨١/٢/١٠ س ٣٢ ص ٣٧٤.

(٢) ويطلق عليه شرط البطلان الجزئى Clause de nullité partielle

للإبطال فى جزء منه، فإنه يتم إستبعاد هذا الجزء ويظل الجزء الآخر صحيحاً قائماً بذاته. هذا ما لم يتبين أن الشق الباطل لا ينفصل عن جملة العقد فيبطل العقد بأكمله.

ويتحقق هذا الفرض بصدد العمليات القانونية التى تدخل فى إطار عقد مركب أو مجموع العقود. كالبيع الذى ينصب على عدة أشياء يكون واحد منها غير قابل للتعامل فيه، هنا يبطل البيع بالنسبة له، ويظل صحيحاً بالنسبة لباقى الأشياء، إلا إذا تبين أن الصفقة واحدة لا يمكن تفريقها، فيبطل البيع بأكمله. وكمن يشترى عدة أشياء على أنها أثرية ثم يتضح أن أحداها ليس كذلك، فيكون العقد قابلاً للإبطال بالنسبة لهذا الشئ للغلط فى صفة جوهرية، مع بقائه صحيحاً بالنسبة لباقى الأشياء.

ومثال ذلك أيضاً أن يقتصر البطلان على الشروط الثانوية أو التبعية فى العقود البسيطة. مثال ذلك بطلان العقد بالنسبة لأحد الأطراف كما لو كان قاصراً مع بقائه بالنسبة لباقى المتعاقدين. وبطلان بعض آثار العقد أو الشرط إذا كانت بعض تلك الآثار هى التى يمسها سبب البطلان، مثل بطلان الشروط التعسفية التى قد تشملها وثيقة التأمين دون أن يمتد البطلان إلى التأمين بأكمله[1].

يتضح مما سبق أنه يشترط لإعمال نظرية البطلان الجزئى أن يكون الجزء المتبقى من العقد قابلاً للوجود المستقل، فيجب أن تتوافر فيه العناصر القانونية الأساسية اللازمة لوجوده، ويجب ألا يترتب على استبعاد الجزء الباطل حدوث تغيير فى تكييف العقد. فإذا حدث مثل هذا التغيير، فإننا لا نكون بصدد بطلان جزئى بل تحول فى العقد كما سنرى بعد ذلك.

ثانياً: عدم تعارض الانتقاص مع إرادة المتعاقدين: يقوم البطلان الجزئى على أساس تفسير إرادة المتعاقدين بمعنى عدم وجود مانع لديها من الإبقاء على الجزء الصحيح فى العقد. إن انتقاص العقد مشروط بألا يتعارض

(١) Treitel, Remedies for breach of Contract, Enc. Of Comparative law, vol 111.

مع قصد الطرفين، حتى لا يتعارض البطلان الجزئى مع مبدأ حرية التعاقد. فإذا تبين أن أحد المتعاقدين لـم يكـن لـيرضـى إبـرام العقـد بغـير الشـق المعيـب إمتـد البطلان إلى العقد بأكمله[1].

ويتحقق ذلك فى الحالات التى يكون الشق الباطل هو الباعث الدافع إلى المتعاقد. ولا يشترط أن يكون الشق الباطل دافعا لكل من المتعـاقدين، بـل يكفـى أن يتضح أن أياً من العاقدين ما كان ليقبل العقد بغير الشق المعيب. فإذا تبين أن الجزء أو الشرط الباطل كان هو الباعث الدافع لأحد المتعاقدين فإن العقـد يبطـل بكامله بشرط أن يكون فى إمكان المتعاقد الآخر إدراك ذلك. وذلك إعمـالاً لمبدأ الثقة المشروعة كأساس لمقتضيات إستقرار التعامل.

ويجب على القاضى أن يتحرى إرادة الأطراف ليتبين عما إذا كان سيتم إبرام العقد لو لم يوجد الشق البـاطل. والإرادة المقصـودة هـى الإرادة المحتملـة لأنـه فـى الغـالب، لا يـدور بذهـن المتعـاقدين توقـع البطــلان. فـإذا تبيـن علـم الأطراف، ساعة إبرام العقد، ببطلان شق أو شرط منـه كـان ذلـك قرينـة علـى إرتضاء البطـلان الجزئـى. وعلـى القـاضى أن يتحـرى ذلـك علـى ضـوء كافـة الظروف المحيطة بالعقد والأهداف المرجوة منه إستناداً إلى معيـار موضـوعـى قوامه الشخص المعتاد.[2]

ويقع عبء الإثبات: على من يتمسـك ببطـلان العقد بأكملـه. فـإذا تبيـن للقاضى أن سبب البطلان قاصر على شق أو شرط أثر فى العقد فإنه يتم إعمـال البطلان الجزئى. فالأصل أن بطلان جزء من العقد لا يبطله. وعلـى مـن يدعـى أن بطلان ذلك الجزء يؤدى إلى البطلان الكلـى عـبء إثبـات ذلـك، لأنـه يدعـى

---

(١) يشترط لإبطال العقد فى شق العقد منه بالتطبيق للمـادة ١٤٣ مـن القـانون المدنـى مـع بقاءه قائما فى باقى أجزائه ألا يتعارض هذا الانتقاص مع قصد المتعـاقدين بحيث إذا تبين أن أيا منهما ما كان ليرضى إبرام العقـد ولا يقتصـر علـى الشـق وحـده. (نقض ١٩٧٣/٤/٢١ س ٢٤ ع ٢ ص ٦٤٩).

(٢) فإذا كان الحكم قد إنتهى إلى بطلان الشرط الفاسخ لمخالفته للنظام العام وبقاء الالتزام بالدين قائماً، فإنه لايكون قد خالف القانون. نقض ١٩٨٧/٤/٢٥ س ٢٩ ص ١١١٣.

خلاف الأصل[1]. وبعبارة أخرى فإن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى أنه ما كان ليرتضى العقد بغير شقه الباطل. وهنا يقتصر حق طلب البطلان عليه وحده. ويقتصر هذا الحق، فى الواقع، على المتعاقد الذى وجد الشرط أو الشق الباطل لمصلحته.

(ب) تصحيح البطلان أو تصحيح العقد:

يضع المشرع، أحياناً، بعض القواعد القانونية التى تتعلق بالنظام العام الحمائى، ويرمى هذا النظام إلى توفير الحماية لبعض الفئات الضعيفة التى يقتضى مركزها الاقتصادى غير المتوازن مع الطرف الآخر وضع شروط وضمانات معينة تكفل حمايتها، مثل العامل والمستهلك فإذا تم إبرام العقد بالمخالفة لتلك الضمانات والشروط تعرض للبطلان، ولكن البطلان هنا يقتصر على الأجزاء المخالفة، وتحل النصوص الآمرة محل الشروط الباطلة، ومن ثم يتم تصحيح العقد واستبقائه، ولا يجوز الإبطال الكلى للعقد لأن ذلك يؤدى إلى تفويت المصلحة المقصودة[2].

فإذا تم إبرام عقد عمل بأجر يقل عن الحد الأدنى الذى فرضه المشرع، هنا يتم إبطال بند الاتفاق على تحديد الأجرة، والبطلان هنا مطلق لتعلق الأمر بالنظام العام الحمائى، ويظل عقد العمل صحيحاً قائماً بشرط تصحيح ذلك الشق بما يتفق مع أحكام القانون، أى رفع الأجر إلى القدر الذى يتمشى وصحيح القانون.

وكذلك الحال عندما يضع المشرع حداً أقصى لأحد الالتزامات الناشئة عن العقد، ويوجب تخفيض الاتفاق المخالف إلى هذا الحد وإعادة ما دفع زائداً

---

(١) وقضت محكمة النقض بأنه ما لم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد يظل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده. نقض ١٩٧٣/٤/٢١ س ٢٤ ص ٤٦٩.

(٢) ويجرى العمل فى العقود الدولية على شرط تكملة النقص فى العقد لتفادى بطلانه أو زواله: Clauses de Comblement de lacunes

عليه. كوضع حد أقصى لسعر الفائدة، فإذا أتفق على فوائد تزيد عن هذا الحد وجب تخفيضها ورد ما دفع زائداً على هذا القدر.

يتضح مما سبق أن تصحيح العقد يختلف عن الانتقاص أو البطلان الجزئى من عدة وجوه:

١- يتم التصحيح فى بعض حالات البطلان المطلق لشرط فى العقد لمخالفته للنظام العام. أما الإنقاص أو البطلان الجزئى فيتحقق غالبا فى حالات القابلية للإبطال (البطلان النسبى) بالإضافة إلى بعض حالات البطلان المطلق.

٢- يقتصر البطلان الجزئى على إستبعاد الشق الباطل مع بقاء الشق الآخر صحيحا. أما تصحيح العقد فيتم عن طريق التعديل أى إستبدال الشروط الباطلة بشروط صحيحة متفقة مع نصوص القانون وليس مجرد الإنقاص، هذا بالإضافة إلى إعادة ما تم دفعه بالمخالفة للقاعدة الآمرة التى وضعها المشرع.

٣- يشترط لإعمال البطلان الجزئى ألا يكون متعارضا مع قصد أى من المتعاقدين، أما التصحيح فيقع بقوة القانون دون النظر إلى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين. ويجب على القاضى إجراء التصحيح حتى لو تبين أن المتعاقد ما كان ليبرم العقد بغير الشق أو الشرط الذى وقع باطلا وتم تعديله(١).

المطلب الثالث

تحول العقد

(أ) المقصود بتحول العقد:

إذا كان هناك تصرف باطل، ويتضمن عناصر تصرف آخر صحيح، هنا يتحول التصرف الباطل إلى هذا التصرف الصحيح، إذا تبين أن إرادة المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد(٢). وبعبارة أخرى إذا لحق

---

(١) Kohl, Les clauses qui arganisent la Poursuite des relations Contractuelles, R. D. A. I. 2002 p. 450.

(٢) تنص المادة ١٤٤ على أنه "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد. نقض ١٩٧٢/١٢/٦ س ٢٣ ص ١٣٣٠.

البطلان العقد، أما لأنه نشأ باطلاً، أو قابلاً للإبطال ثم تقرر إبطاله، وتبين أن هذا العقد يتضمن عناصر عقد آخر صحيح لم يقصده المتعاقدان، هنا يقوم هذا العقد على إنقاص العقد الباطل، أو أن العقد الباطل يتحول إلى العقد الصحيح.

مثال ذلك بطلان الكمبيالة التى لا تستوفى شروطها الشكلية حيث تتحول إلى سند دين عادى. كذلك إذا لم تتوافر شروط المحرر الرسمى فى ورقة، فإنها تتحول من محرر رسمى باطل إلى ورقة عرفية متى استوفت شروطها، وبصفة خاصة إذا توافر لها شرط التوقيع، وتظهير الكمبيالة لنقل ملكيتها إذا وقع باطلاً لنقص بياناته فإنه يتحول إلى تظهير توكيلى بقبض قيمة الكمبيالة.

ولا يتم إعمال فكرة تحول العقد إلا فى حالة عدم وجود مجال لأعمال البطلان الجزئى، ويتم ذلك فى حالتين: الأولى: إذا كان البطلان قد شمل العقد بأكمله. الثانية: إذا كان هناك شق باطل فى العقد ويترتب على استبعاده عدم توافر أركان العقد المقصود أصلا، أو كان من شأن استبعاد هذا الشق الباطل تغيير طبيعة العقد أو تكييفه.

والواقع أن التحول وسيلة فنية تستهدف الإبقاء على الرابطة العقدية الباطلة فى ثوب جديد مختلف عن العقد المقصود أصلاً. فالتحول يرد على وصف العقد أو تكييفه وطبيعته أما البطلان الجزئى فيرد على كم العقد دون المساس بطبيعته.

(ب) يلزم لتحول العقد توافر الشروط الثلاثة الآتية:

١- بطلان التصرف الأصلى: يجب أن يكون التصرف باطلاً أو قابلاً للإبطال ثم يقضى ببطلانه[١]. فالتحول لا يرد على العقد الصحيح. فإذا كان التصرف صحيحاً فلا يجوز أن يتحول إلى تصرف آخر ولو تضمن أركانه، حتى لو تبين أن العاقدين كانا يفضلانه على العقد الأصلى لو تبينا حقيقة أمره.

(١) وتقرر محكمة النقض أنه لا يمكن أعمال نظرية تحول العقد فى حالة العقد المعلق على شرط واقف لم يتحقق. نقض ١٩٦٦/٦/١٤ س ١٧ ص ١٣٥٩.

فالهبة الصحيحة لا تتحول إلى وصية حتى لو تضمنت فى نفس الوقت شروط الوصية، ولو تبين أن المتعاقدين يفضلان الوصية على الهبة.

ويجب أن ينصب البطلان على كل العقد أو على شق منه لا يقبل الانفصال عن جملة التصرف. فإذا كان من الممكن فصل الشق الباطل دون تغيير طبيعة العقد فإنه يتم إنتقاص العقد أى إعمال البطلان الجزئى وليس التحول.

٢- تضمن التصرف الأصلى لجميع عناصر تصرف آخر: يجب أن يشتمل التصرف الأصلى على جميع العناصر اللازمة لقيام التصرف الآخر. فالتصرف الباطل يضم بين طياته أركان تصرف آخر صحيح.

يجب استيفاء أركان العقد الجديد من خلال العقد الباطل وليس من خارجه، فلا يجوز إجراء التحول إذا كان العقد الجديد يقتضى إدخال عنصر خارجى غير موجود بالعقد الأصلى[١]. فالعقد الباطل يجب أن يتضمن جميع عناصر التصرف الآخر الذى يتحول إليه. فلو اشترى شخص منزلاً تبين أنه تهدم ووقع البيع باطلاً لانعدام المحل. فلا يجوز تحول العقد إلى منزل آخر يملكه البائع حتى لو تبين أن ذلك يتفق مع قصد المتعاقدين لو تبينا ذلك.

ويشترط فى التحول عدم إجراء أى تغيير فى المتعاقدين، ذلك أن فكرة تحول العقد الباطل إلى عقد صحيح تفترض قيام العقد الجديد بين نفس العاقدين بصفاتهما التى إتصفا بها فى العقد القديم، فليس فى سلطة القاضى إجراء أى تغيير فى هذه الصفات لخروج ذلك عن نطاق التحول. لذلك فإن تحول العقد يكون ممتنعا إذا كان ذلك يستلزم إدخال متعاقد جديد لينعقد العقد[٢].

---

(١) تحول العقد الباطل إنما يكون فى حالة بطلان التصرف مع اشتماله على عناصر عقد آخر تكون نية الطرفية الاحتمالية قد انصرفت إلى قبوله دون إدخال عنصر جديد عليه.

(٢) وإذ التزام الحكم المطعون فيه هذا النظر ولم يقض بتحول العقد الأصلى الصادر من المطعون عليه بصفته ممثلاً لغيره إلى بيع جديد صدر منه بصفته الشخصية. فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه. (نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ س ٣١ ع٢ ص ١١٧٦). =

يؤدى التحول إلى ظهور تصـرف آخر مغـاير للتصـرف الأصلـى فـى الطبيعة والآثار، فالبيع فى مرض الموت يمكن أن يتحول إلى وصيـة. والرهن الباطل يمكن أن يتحول إلى حق حبس.

٣- إتجاه نية المتعاقدين المحتملة إلى التصـرف الجديـد: لا يتم التحـول إلا إذا قام الدليل علـى أن نيـة المتعـاقدين كـانت تنصـرف إلـى الارتبـاط بـالعقد الجديد لو تبينا ما بالعقد الأصلى من أسباب البطلان.

وليس المقصود هنا الإرادة الحقيقية لأن هذه الإرادة انصرفت فى واقـع الأمـر إلـى العقد الأصلـى البـاطل. ولكـن يكفـى هنـا الإرادة المحتملـة أى نيـة الطرفيـن الاحتماليـة، أى أنـه يكفـى مجـرد احتمـال هـذا الرضــاء. فالقــاضى يستخلص من ظروف الحال أنه متى كان من المحتمـل رضـاء الطرفيـن بـالعقد الجديد إذ كان التصرف الجديد محققاً للغاية العملية التى يهدف إليها المتعاقدان.

والتعرف على هذه الإرادة الاحتمالية يعد من مسائل الواقع التى يسـتقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام قضاءه على أسباب سائغة[1].

المطلب الرابع
التعويض عن بطلان العقد

يترتب على بطلان العقد، أحياناً، إصابة أحـد المتعـاقدين بضـرر. فـهل يجوز للمتعاقد المضرور أن يطالب المتعاقد الآخر، إذا كان سـبب البطـلان آتيـاً من جانبه، بالتعويض عما أصابه من ضرر؟

= كما حكم بأن عقد التحكيم لا تتوافر فيه أركان عقد آخر يمكن أن تكون نية الطرفين قد إنصرفت إليـه لأن المحتكميـن لـم يقبـلا إلا الالـتزام بـالحكم الـذى يصـدره المحكـم، وبالتالى متى قام بعقد التحكيم سبب من أسباب البطلان فلا يمكن أن يتحـول إلـى عقد آخر ملزم للمتعاقدين. نقض ١٩٦٨/١/٢٨ س ١٩ ص ١٤٢٠

(١) نقض ١٩٨٣/١١/٢٤ س ٣٤ ص ١٦٦٤.

(أ) **نظرية الخطأ عند تكوين العقد:**

ظهرت تلك النظرية على يد الفقيه الإلمانى "إهرنج" للإجابة على التساؤل السابق. مؤدى هذه النظرية أن المتعاقد الذى قام به سبب البطلان يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى ناله من جراء عدم إتمام الصفقة.

ويستحق التعويض على أساس العقد، أى أن المسئولية تكون مسئولية عقدية. فكل متعاقد، عندما يقدم على إبرام العقد، يتعهد للطرف الآخر بصحة تصرفه أى بألا يكون هناك سبب لبطلان العقد من جهته، فإذا ما تبين عدم صحة ذلك، كان ملزماً حيال الطرف الآخر بالتعويض عما يلحقه من ضرر نتيجة للبطلان، باعتباره مخلاً بهذا التعهد، ذلك الإخلال الذى يتحقق بمجرد ثبوت وجود سبب للبطلان فى جانبه، سواء كان المتعاقد الآخر يعلم أو لا يعلم بهذا السبب(1).

توجب النظرية التعويض على أساس العقد الباطل، فهذا العقد وإن كان لا ينتج الآثار الأصلية المرجوة منه، إلا أنه ينتج آثاراً أخرى كالمطالبة بالتعويض عن البطلان. فهناك تعهد ثانوى أو ضمان تبعى يقترن بالتصرف الباطل، ويبقى رغم بطلان هذا التصرف، ليكون أساساً إرادياً لتعويض الغير عن الضرر الناشئ عن البطلان. فالمتعاقد يتعهد بصحة تعاقده، أى بألا يقوم فى جانبه سبب لبطلان العقد، فإذا أبطل العقد، يكون المتعاقد قد أخل بالتزامه ويسأل عن الضرر الناشئ عن هذا الإخلال مسئولية عقدية. ويستوى فى هذا أن يكون على علم بسبب البطلان أو لا يكون على علم به، لأن من يقدم على التعاقد يلتزم بضمان صحة العقد، فإذا لم تتوافر هذه الصحة لسبب آت من جهته فإنه يكون قد أخل بهذا الإلتزام.

والتعويض فى العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية أى عن الضرر الذى لحق المتعاقد نتيجة عدم تنفيذ العقد. أما فى العقد الباطل، طبقا لهذه

(1) Page, Traité élementaire de droit civil, 2005, p. 185.

النظرية، فيكون عن المصلحة السلبية أى عن الضرر الذى لحق المتعاقد من جراء توهمه صحة العقد، أى الضرر الناجم عن مجرد تفويت فرصة التعاقد.

لم تحظ تلك النظرية بالقبول فى التشريعات الحديثة، ما عدا بعض التطبيقات القليلة، ذلك أن تأسيس المسئولية عن بطلان العقد على أساس العقد الباطل ذاته أمر غير مقبول. وتغنى القواعد العامة عن اللجوء لتلك النظرية المخالفة للمنطق القانونى.

(ب) التعويض طبقا للقواعد العامة:

إن العقد الباطل لا ينشئ أى إلتزام حتى ولو كان هذا الالتزام هو الالتزام بضمان صحته. فالتعويض عن الضرر الناجم عن بطلان العقد لا يجد أساسه فى العقد الباطل بوصفه عقدا، بل باعتباره واقعة مادية تكون عملاً غير مشروع. لذلك فالمسئولية هنا تكون غير عقدية (تقصيرية).

فإذا وقع من أحد المتعاقدين خطأ عند تكوين العقد الباطل كان ملزماً بتعويض الطرف الآخر عن الضرر السلبى الذى أصابه من جراء عدم انعقاد العقد وإتمامه، وهذا الالتزام بالتعويض لا يستمد من العقد الباطل باعتباره عقد بل بوصفه مجرد واقعة مادية. فهذه المسئولية لا تقوم على أساس العقد وإنما على أساس العمل غير المشروع الذى ارتكبه، أى أننا بصدد مسئولية تقصيرية تقوم إذا كان سبب البطلان راجعاً إلى خطأ أحد المتعاقدين. فهو يلتزم بتعويض الطرف عن الضرر الذى حل به بسبب عدم قيام العقد، بشرط أن يكون من شأن الظروف الملابسة أن تسوغ له الاعتقاد فى صحته.

ويقتضى ذلك إثبات الخطأ فى جانب المتعاقد المدعى عليه بالمسئولية. ولا تقوم المسئولية لمجرد رجوع البطلان لسبب فى جانبه بل يجب أن يثبت وجود نسبة خطأ فى حقه، وأن يكون الضرر الذى لحق المتعاقد الآخر قد نشأ عن ذلك الخطأ. فإذا كان المتعاقد المدعى بالمسئولية على علم بسبب البطلان، أو كان باستطاعته العلم به، فلا تقوم المسئولية، لأن الضرر فى هذه الحالة يرجع إلى خطأ المدعى ذاته وليس خطأ المدعى عليه.

مثال ذلك التدليس، حيث يكون للطرف المدلس عليه الحق فى طلب الإبطال، هذا بالإضافة إلى طلب التعويض من المدلس لارتكابه عملاً غير مشروع. أما الغلط التلقائى فلا يجيز الحق فى طلب التعويض[1].

(جـ) التعويض بنصوص خاصة:

يورد المشرع أحياناً بعض التطبيقات – بنصوص خاصة – لاستحقاق التعويض بمناسبة بطلان العقد. مثال ذلك:

١- يجوز بالنسبة لناقص الأهلية إذا لجأ إلى طرق إحتيالية ليخفى نقص أهليته[2]. التعويض هنا أساسه المسئولية التقصيرية لأن الطرق الاحتيالية التى أتاها ناقص الأهلية تعد عملاً غير مشروع. كما لو قدم شهادة ميلاد مزورة. فلو أن ناقص الأهلية لم لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لما كان ملزماً بدفع أى تعويض للطرف الآخر. ونلاحظ هنا أن المشرع لم يترك تقدير خطأ القاصر إلى المعيار العام بل تطلب منه وصفاً محدداً وصورة معينة وهى الطرق الاحتيالية، فلا يكفى مثلاً أن يؤكد القاصر شفاهة لمن يتعاقد معه بأنه كامل الأهلية.

٢- إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية[3]. هنا يقيم القانون المسئولية التقصيرية على أساس الخطأ المفترض فى جانب البائع. فالقانون يفترض الخطأ فى جانب من يبيع ملك غيره، حتى لو كان حسن النية معتقداً أنه يبيع ملكه، ويجوز للمشترى طلب التعويض عن الضرر الذى ناله بسبب بطلان الصفقة، بشرط أن يكون غير عالم بأنه يشترى ملك الغير.

---

(١) Billiau, Traité de droit civil, les effets du Contrat, p. 279.

(٢) م ١١٩ مدنى

(٣) م ٤٦٨ مدنى

الفصل الثانى

عدم تنفيذ العقد

الأصل أنه متى انعقد العقد صحيحاً فإنــه يتـم تنفيـذ الالتزامـات الناشـئة عنه، إلا أنه، فى بعض الأحيان، لا يتم تنفيذ العقد، وذلك فى عدة فروض:

الأول: إخـلال أحـد المتعـاقدين بالتزامـه، ممـا يثـير المسـئولية العقديـة، والتعويض عن عدم التنفيذ.

الثانى: وقف العقد.

الثالث: إنحلال العقد.

ونعرض لتلك الفروض على التوالى.

المبحث الأول
المسئولية العقدية

تمهيد (التنفيذ العينى هو الأصل):

إذا انعقد العقد صحيحاً وتحدد مضمونه، فإنه يصبح واجب التنفيذ. فالقوة الملزمة للعقد تقتضى قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ الاختيارى أمكن جبره على التنفيذ متى كان ممكناً، وهذا هو التنفيذ العينى الجبرى.

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، فيكون للدائن أن يطالبه بالتعويض عن عدم التنفيذ، وهذا هو التنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل. وتلك هى المسئولية العقدية responsabilité Contractuelle. ولا تثور تلك المسئولية إذا كان التنفيذ العينى مستحيلاً بقوة قاهرة أى بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه.

فالأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون التنفيذ عينياً، أى تنفيذ عين ما إلتزم به المدين، وإذا لم يقم المدين بالوفاء الاختيارى فقد هيأ القانون للدائن وسيلة غير مباشرة لحثه على القيام بالتنفيذ العينى الجبرى وهى وسيلة الغرامة التهديدية، فإن لم تفلح أو أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً، فلا يبقى للدائن إلا أن يطالب بالتنفيذ القهرى بمقابل أى عن طريق التعويض.

تختلف طريقة التنفيذ فى كل التزام عنها فى غيره، وذلك بحسب محل الالتزام وما يقتضيه من المدين، فقد يكون موضوع الالتزام إعطاء شئ كنقل حق عينى عليه أو إنشائه. وقد يكون الالتزام بعمل أو إمتناع عن عمل، والالتزام بعمل يكون بتحقيق نتيجة أو بذل عناية.

والتنفيذ بمقابل أو التعويض ليس إلا طريقاً إحتياطياً لا يتم اللجوء إليه إلا إذا تعذر التنفيذ العينى ويتحقق ذلك فى الحالات الآتية:

١- إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعل المدين.

٢- إذا كان التنفيذ العينى مرهقاً للمدين.

٣- إذا كان فى إجبار المدين على التنفيذ العينى مساس بحريته الشخصية.

إذا توافرت إحدى الحالات السابقة التى تجيز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل أو التعويض، وجب توافر عدة شروط هى، طبقا للقواعد العامة، الخطأ والضرر وعلاقة السببية بالإضافة على إعذار المدين أى وضعه موضع التأخير فى تنفيذ التزامه عن طريق المطالبة الرسمية.

وينبغى التذكرة بالمبادئ العامة التى تجيز فى العقد الملزم للجانبين، عند إخلال المتعاقد بالتزامه، للطرف الآخر الخيار بين أحد أمور أربعة(١):

١- طلب التنفيذ العينى الجبرى إذا توافرت شروطه.

٢- طلب التعويض أو التنفيذ بمقابل.

٣- طلب الفسخ.

٤- الدفع بعدم التنفيذ أو الحق فى الحبس(٢).

ونوجز بعض مسائل المسئولية العقدية فى عدة موضوعات:

- الخطأ العقدى (عدم التنفيذ).
- تعويض الضرر العقدى.
- المسئولية العقدية عن فعل الغير.
- تعديل قواعد المسئولية العقدية.

---

(١) Viney, Les sanction de l'inexecution des obligations Contraduelles, 2001, p. 1095.

(٢) ويتضمن العقد الدولى، أحياناً، شرطاً يقصر خيار الدائن على أمر معين Clause de recours exclusif

المطلب الأول
الخطأ العقدى (عدم التنفيذ)

(أ) مفهوم الخطأ العقدى:

الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه الناشئ عن العقد. ويتمثل فى عدة صور: عدم التنفيذ الكلى، التنفيذ الجزئى أو الناقص، التنفيذ المعيب Exéution défectueuse ، التنفيذ المتأخر. مؤدى ذلك أن الخطأ يتوافر إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كله أو بعضه، أو قام بالتنفيذ على نحو يخالف الوجه المتفق عليه. أو الذى يوجبه القانون، كتسليم بضاعة معيبة أو صنف أقل جودة، أو أن يتأخر فى التنفيذ عن الموعد المحدد لذلك.

والواقع أن عدم التنفيذ تختلف صورته بحسب نوع الالتزام، فهناك نوعان من الالتزام: الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة obligation de resultat، والتزام ببذل عناية أو بوسيلة obligation de moyens. ذلك أن تحديد عدم التنفيذ يتوقف على تحديد مضمون الالتزام ومداه.

(ب) الالتزام بتحقيق غاية:

يوجب هذا الالتزام على المدين تحقيق نتيجة معينة هى محل الالتزام. يتمثل عدم التنفيذ فى مجرد عدم تحقق النتيجة، ولو بذل المتعاقد كل جهده فى العمل على تحقيقها. مثال ذلك الالتزام بنقل ملكية شئ أو بإقامة بناء أو بتسليم شئ أو بنقل بضاعة إلى مكان معين، والتزام شخص بالامتناع عن عمل، كالامتناع عن إقامة بناء، والتزام بائع المحل التجارى بعدم فتح محل مماثل فى نفس المكان والتزام الطبيب بعدم إفشاء أسرار مريضه.

إن الالتزام فى مثل هذه الحالات لا يتم تنفيذه إلا بتحقيق النتيجة التى أخذها المدين على عاتقه. ويعتبر المدين مسئولاً فى مواجهة الدائن، إن لم تتحقق هذه النتيجة، ولو بذل غاية جهده لتحقيقها. هنا يكفى الدائن بالالتزام أن يثبت فقط مصدر الالتزام، وعلى المدين أن يثبت أنه قام بالتنفيذ أى تحقيق النتيجة المطلوب، فإذا لم يفلح فى ذلك قامت مسئوليته لثبوت عدم التنفيذ، ويكفى

ثبوت عدم تحقق النتيجة حتى يعد عدم التنفيذ قائماً وثابتاً وخطأ المدين مفروضاً. فالقاعدة فى هذا الصدد أن على الدائن إثبات الالتزام. وعلى المدين إثبات التخلص منه أى الوفاء به.

ولا يستطيع المدين التخلص من المسئولية إذا أثبت أنه بذل كل ما فى وسعه لتنفيذ الالتزام، والسبيل الوحيد لدفع مسئوليته هو إثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، كقوة قاهرة أو خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير[1]. فإذا تبين عدم وصول البضاعة سالمة فى موعدها. قامت مسئولية الناقل عن عدم التنفيذ، ولا يستطيع التخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى الذى يكون قد أدى إلى عدم التسليم أو التلف أو التأخير، وعلى ذلك إذا ثبت أن خطأ المدين المتمثل فى عدم تنفيذه لالتزامه أو التأخر فى هذا التنفيذ، يرجع إلى سبب أجنبى عنه، سبب جعل التنفيذ مستحيلاً، أو حتم حصول التأخير فيه، فإن ذلك يرفع المسئولية عن المدين، فلا يلزم بالتعويض[2].

(جـ) الالتزام ببذل عناية:

لا يوجب هذا الالتزام على المدين تحقيق نتيجة معينة، بل يلزمه فحسب بأن يبذل قدراً معيناً من العناية للوصول إلى غرض معين. فالمدين لا يأخذ على عاتقه تحقيق نتيجة محددة يبتغيها الدائن، وإنما يتعهد بمجرد بذل جهد معين

---

(١) التزام الناقل البحرى، التزام بتحقيق غاية. هى تسليم البضاعة المشحونة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول أياً كانت طريقة التسليم المتفق عليها فى العقد. إنتفاء مسئوليته إذا أثبت أن العجز أو التلف يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبى لا يد له فيه. الطرد كأساس لتحديد الحد الأقصى للمسئولية القانونية للناقل عن هلاك البضاعة أو تلفها. ماهيته. لا عبرة بعدد الأوعية التى تجمع فيها الطرود. (الطعن رقم ٢٠٤٣ لسنة ٥٩ ق – جلسة ١٩٩٦/٢/١) عقد نقل الأشخاص. التزام الناقل بموجبه بضمان سلامة الراكب. التزام بتحقيق غاية. إصابة الراكب بضرر أثناء تنفيذ العقد. كفايته لقيام مسئولية الناقل بغير حاجة لإثبات وقوع الد لأ من جانبه، لا ترتفع هذه المسئولية إلا بالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ من الغير لم يكن فى مقدور الناقل توقعه أو تفادية متى كان هذا الخطأ وحده هو سبب الضرر للراكب. (الطعن رقم ٢٢٧١ لسنة ٥٩ ق – جلسة ١٩٩٥/١١/٢٨).

(٢) عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر خطأ يرتب مسئوليته التى لا يدرؤها عنه إلا إذا أثبت هو قيام السبب الأجنبى الذى تنتفى به علاقة السببية، وهذا السبب قد يكون حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو من الغير. (الطعن رقم ٥٢٩ سنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٥ س ٣٤ ص ١٣١١).

للوصول إلى هذه النتيجة، سواء تحققت بالفعل أو لم تتحقق. فإذا بذل المدين هذا القدر من العناية فحسبه ذلك، ولا عليه بعد ذلك إذا لم يتحقق الغرض المقصود.

مثال ذلك التزام الطبيب بعلاج المريض، فهو لا يتعهد بشفائه، وإنما يلتزم فقط بأن يبذل جهده وعنايته فى سبيل تحقيق هذا الشفاء. وهذا هو الشأن فى التزام المحامى فى الدفاع عن الموكل، والتزام المستأجر فى المحافظة على العين المؤجرة، والتزام المودع عنده بالمحافظة على الشئ المودع، والمستعير بالمحافظة على الشئ المعار، والتزام الوكيل بتنفيذ الوكالة.

ويمكن تحديد ما إذا كان موضوع الالتزام هو تحقيق نتيجة أو بذل عناية بالنظر إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين. ويتضح ذلك بالنظر إلى النتيجة المرجوة وراء العمل محل الالتزام، وعما إذا كانت هذه النتيجة مؤكدة أم احتمالية. فالصفة المؤكدة أو المحتملة للنتيجة المستهدفة فى الظروف التى نشأ فيها الالتزام يمكن أن تكشف عن طبيعته. فإذا كانت العناية المعتادة تؤدى، حسب المجرى العادى للأمور، إلى نجاح مؤكد، كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة. مثال ذلك تحليل الدم[(١)]. أما إذا كانت العناية اليقظة لا تكفل بالضرورة الوصول إلى النتيجة المرجوة، التى يعتمد تحققها على عوامل أخرى مستقلة عن المدين، كنا بصدد التزام ببذل عناية مثال ذلك دفاع المحامى عن المتهم.

فإذا كان التزام المدين الناشئ عن العقد هو التزام ببذل عناية، أى يوجب عليه بذل جهد معين دون تحقيق غاية محددة، فإن عدم التنفيذ أى الخطأ العقدى يتمثل فى عدم بذل هذا الجهد أى عدم تقديم العناية الواجبة. أى عدم بذل العناية اللازمة والرعاية الموعود بها. وعلى ذلك لا يعتبر الطبيب مخلاً بالتزامه لمجرد عدم شفاء المريض، بل يجب لتحقق هذا الإخلال أن يثبت أن الطبيب لم يبذل الجهد أو العناية الواجبة عليه. ولا يعتبر المودع لديه مخلاً بالتزامه بالمحافظة على الشئ المودع لديه إلا إذا ثبت تقصيره أى إذا ثبت عدم بذله للعناية المطلوبة منه. فيتعين على الدائن، فضلا عن إثبات العقد، إقامة

---

(١) أنظر مؤلفنا فى المسئولية الطبية، الإسكندرية ٢٠٠١.

الدليل على عدم بذل المدين للعناية التى يحددها القانون. ولا شك أن الإثبات هنا يكون أكثر صعوبة منه فى حالة الالتزام بنتيجة.

والأصل أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادى إذا ما وجد فى الظروف التى وجد فيها المدين. وقد يزيد هذا القدر أو ينقص بمقتضى الاتفاق أو نص فى القانون[1]. مثال ذلك إبرام المستعير بأن يبذل فى المحافظة على الشئ المستعار العناية التى يبذلها الشخص العادى ويلزم المودع عنده فى الوديعة بدون أجر بأن يبذل فى حفظ الشئ المودع لديه من العناية ما يبذله فى حفظ ماله، دون أن يكلف فى ذلك أزيد من العناية التى يبذلها الشخص العادى. ويجب على الوكيل بدون أجر أن يبذل فى تنفيذ الوكالة ما يبذله الشخص العادى[2].

ويستطيع المدين التخلص من المسئولية بنفى الخطأ أى إثبات عدم صحة ما إدعاه الدائن من وجود خطأ. ويمكنه دفع المسئولية أيضاً بنفى علاقة السببية Lien de Causalite بين الخطأ والضرر وذلك بإثبات أن عدم تنفيذه لالتزامه، أى عدم قيامه ببذل العناية الواجبة، يرجع إلى سبب أجنبى، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى، أو يرجع إلى خطأ الدائن أو فعل الغير[3].

المطلب الثانى
تعويض الضرر العقدى

(أ) إثبات وقوع الضرر:

لا تقوم المسئولية العقدية لمجرد توافر الخطأ فى جانب المدين، بل يلزم أن يترتب على الخطأ إصابة الدائن بضرر بسبب عدم تنفيذ الالتزام. فإذا لم

---

(١) م ٦٤١، ٧٠٤ مدنى.
Le Toureau, Droit de la responsabilité et des Contrats, p. 254.

(٢) فقد يشترط فى العقد الدولى عناية أكبر من المعتادة:
Best efforts, reasonable Care, Due diligence.

(٣) Viney, la responsabilité, Conditions, 2001, p. 305.

يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن، لا تقوم المسئولية ولا محل للحكم بالتعويض Dommages et intérets فإذا لم يتم التسليم فى الميعاد فإن مسئولية البائع لا تتحقق إلا إذا ترتب على هذا التأخير ضرر أصاب المشترى.

ويقع عبء إثبات الضرر على الدائن مدعى المسئولية، لأنه هو الذى يدعى الضرر. ويستثنى من ذلك الفوائد التى تستحق فى حالة تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه بدفع مبلغ من النقود. ويستوى فى ذلك الفوائد الاتفاقية أو القانونية. فلا يشترط لاستحقاق الفوائد أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير. فالضرر يكون مفروضا فى هذه الحالة بحيث لا يكلف الدائن بإثباته، ولا يجوز للمدين أن ينفى وقوعه لكى يتخلص من المسئولية(1). وعند الاتفاق على شرط جزائى فى العقد فإن عبء إثبات الضرر ينتقل من الدائن إلى المدين. فإذا تخلف المدين عن تنفيذ التزامه، فإن وقوع الضرر يكون مفترضاً لصالح الدائن، وعلى المدين عبء إثبات عدم وقوع الضرر(2).

(ب) الضرر المادى والضرر الأدبى:

إن الضرر الذى يلحق الدائن قد يكون مادياً أو أدبياً. ويشمل التعويض كل من الضرر المادى والضرر الأدبى. ويتمثل الضرر المادى Pécuniaire فى كل ما يصيب الشخص من الناحية المالية. ويكون الضرر فى المسئولية العقدية، غالباً، مادياً. كما فى حالة تلف البضاعة الواجب تسليمها أو التأخير فى هذا التسليم.

أما الضرر الأدبى moral فلا يتعلق بالمال، بل يصيب الشخص من ناحية الشعور أو العاطفة أو الكرامة أو الشرف. وقد يترتب على إخلال المدين بالتزامه ضرر أدبى. كما فى حالة الآلام والمعاناة التى تصيب الراكب المصاب أثناء النقل إصابة تحدث به تشوهات. والضرر الذى يلحق بالمريض فى سمعته بسبب إفشاء الطبيب لأسراره. والضرر الذى يصيب المؤلف بسبب قيام الناشر بنشر كتابه بصورة مشوهة، كحذف بعض أجزائه أو تغييرها.

---

(١) م ٢٨٨ مدنى

(٢) م ٢٢٤ مدنى، عبد الحى حجازى ص ٤٧٠

(جـ) **الضرر المحقق والمستقبل:**

يكون التعويض عن الضرر المحقـق. ويتوافر ذلك فـى حالـة الضـرر الحال أى الواقع بالفعل. كما لو تلفت البضاعة أثناء النقل.

ويشمل التعويض الضـرر المسـتقبل، أى الـذى لـم يقـع بعـد، بشـرط أن يكون محقق الوقوع فى المستقبل Dommage future. وإذا لـم يسـتطع القـاضى تقدير التعويض عن هذا الضرر فى الحـال، فإنـه يمكـن الانتظـار حتـى يعـرف مداه، ويمكن الحكم بالتعويض المؤقت مع حفظ حق المضرور فى الرجوع بعـد ذلك بالتعويض عند تفاقم الضرر فى المستقبل. كما إذا أصيب الراكب أثناء نقله ولم تتضح مدى الإصابة أودرجة خطورتها.

ولا يكفى أن يكـون الضـرر محتمـلاً، أى لـن يقـع فعـلاً، وغير محقق الوقوع فى المستقبل. فهذا النوع من الضرر لا يعوض عنه إلا إذا تحقق بالفعل. فإذا أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن يؤدى إلى تهدم العين، فالخلل ضرر حال يمكن التعويض عنه فوراً، أما تهدم العين فهو ضرر محتمـل لا يعوض عنه المؤجر إلا إذا تحقق بالفعل.

(د) **الضرر المباشر المتوقع:**

أولاً: يقتصـر التعويـض علـى الضـرر المباشـر متوقـع الحصـول prévisible. ويدخل فى ذلك كل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتـه من كسب كان يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة(1).

يشمل التعويض الضرر المباشر Dommage direct الذى يكـون نتيجـة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التـأخر فيـه، وهـو يعتبر كذلك إذا لـم يكن فـى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول(2). فالضرر المباشر يجب التعو ض عنه نظراً لقيام علاقة السببية بينه وبين خطأ المدين. أما الضـرر غير المباشـر

---

(1) نقض ١٩٨٩/٢/١٢ س ٤٠ ح ٣ ص ٢٨٨.

(2) م ١/٢٢١

Roujou de Boubée, Essai sur la notion de reparation, p. 277.

فتنقطع رابطة السببية بينه وبين خطأ المدين، لأن سببه الحقيقى يتمثل فى خطأ الدائن الذى كان بوسعه أن يتوقاه ببذل جهد معقول إلا أنه قصر فى ذلك.

وترتيبا على ذلك ليس للدائن حق فى التعويض، رغم ثبوت عدم التنفيذ ونسبته للمدين، إذا لم يكن من شأنه أن يؤدى إلى إحداث الضرر الذى لحق الدائن وفقا للمجرى الطبيعى للأمور. فإذا تعاقبت الأضرار فلا يكون المدين ملزما إلا بتعويض ما كان منها نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام دون غيره. مثال ذلك تلف آلة أثناء نقلها بالقطار، فيترتب على ذلك توقف العمل بالمصنع، ويتوقف الانتاج، ولا يتمكن المالك بالوفاء بالعقود التى أبرمها مع التجار لامدادهم بالبضاعة فطالبه أصحابها بالتعويض. فى مثل هذه الحالة لا يسأل المدين إلا عن الضرر المباشر وهو تلف الآلة. أما عن الأضرار الأخرى غير المباشرة فلا يسأل عنها لأنه كان بوسعه توقيها ببذل جهد معقول أى باتخاذ وسيلة أخرى مثلا[1].

ثانيا: يقتصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع أى الذى يدخل فى توقع الطرفين عند إبرام العقد. فإذا أرسل شخص طردا عن طريق البريد، وفقد هذا الطرد، ثم تبين أن الطرد كان يحوى مجوهرات ثمينة، فلا تلتزم مصلحة البريد، فى هذه الحالة إلا بالقيمة المألوفة للطرد، فهذا هو الضرر المتوقع، أما عن المجوهرات فلا يتوقع وجودها فى الطرد عند التعاقد، طالما لم يتم إخطار الناقل بمحتوى الطرد.

أما إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، كما لو تعمد عدم تنفيذ التزامه، أو نسب إليه إهمالاً جسيماً فى ذلك، فإنه يكون مسئولا عن جميع ما أصاب الدائن من أضرار مباشرة سواء أكانت متوقعة أو غير متوقعة.

ويلاحظ أن توقع الضرر لا يقتصر على سبب أو طبيعة الضرر، مثل فقد الشئ أو تلفه، بل يشمل مدى الضرر أى مقداره. ففى المثال السابق يكون

(١) Jourdain sous 6 juin 2000, R. T. D. C. 2001, p. 65

سبب الضرر، وهو فقد الطرد، متوقعا، أما مدى هذا الضرر فلا يكون متوقعا. فالتوقع لا يقتصر على الضرر فقط، وإنما يشمل أيضا توقع مقداره ومداه.

والعبرة فى توقع الضرر إنما يكون بوقت التعاقد. فإذا كان الضرر غير متوقع وقت التعاقد، إلا أنه صار متوقعاً بعد ذلك، فلا يكون المدين مسئولاً عنه. ولا يسأل المدين عما زاد من الضرر عن القدر المتوقع وقت إبرام العقد. ولكن ذلك لا يعنى إغفال قيمة الضرر أى القيمة النقدية للسلعة فالمدين يلتزم بتعويض الضرر المتوقع بحسب قيمته فى تاريخ صدور الحكم بالتعويض حتى لو كانت تلك القيمة قد ارتفعت بشكل غير متوقع منذ إبرام العقد.

ويقاس توقع الضرر بمعيار موضوعى وليس بمعيار شخصى، الضرر المتوقع هو الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين، ولو كان المدين ذاته لم يتوقعه(١). وبالعكس من ذلك يعتبر الضرر غير متوقع، إذا لم يكن الشخص المعتاد ليتوقع حدوثه، حتى لو كان المدين نفسه قد توقعه.

وتقدير مدى توقع الضرر يعد مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض باعتبار ذلك من المسائل التى تحدد مضمون التزامات المتعاقد. أما عن تقدير القيمة النقدية للضرر فيعد مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع.

يتمثل الضرر عادة فى شق مالى وآخر معنوى(٢).

فبالنسبة للجانب المالى يشمل كل ما لحق الشخص من خسارة وما فاته من كسب، وكذلك تفويت الفرصة Pért de chance، فإذا كانت الفرصة أمراً محتملا، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعوض عنه.

---

(١) م ٢٢١ مدنى. نقض ١٩٧٣/٤/١٧ س ٢٤ ص ٦١٦.
الطعن ٣٩٦٥ س ٦٨ ث – جلسة٢٠٠٠/٥/٢٨. قضاء الحكم المطعون فيه بالتعويض لاستحالة تنفيذ التزام الطاعنة عدم بيان الحكم ما إذا كان هذا التعويض شمل الضرر المتوقع أو غير المتوقع أو جمع بينهما، وما إذا كانت الطاعنة ارتكبت غشاً جسيماً فى عدم تنفيذ العقد من عدمه. خطأ.

(٢) أنظر مؤلفنا فى المسئولية عن حوادث السيارات، ٢٠٠٦ ص ٢٢٥.

أما الجانب الأدبى للضرر فيتمثل فى كل ما يمر به المضرور من آلام Souffrances ومعاناة، ففى حالة الإصابة هناك الآلام الجسدية والنفسية وفقد بهجة الحياة، وفى حالة الوفاة هناك الأضرار التى تسبق الوفاة وتلك الناجمة عنها ومصاريف الجنازة، وهناك الضرر المرتد المالى (الذى يصيب ذوى المضرور الأصلى) (فقد العائل) والأدبى (الأسى والحزن)، والضرر المرتد عن تفويت الفرصة.

والأصل أن يقوم القاضى بتقدير التعويض، وهذا هو التعويض القضائى Dommages intérets judiciaires وقد يتم تقدير التعويض مقدماً باتفاق الطرفين، وهذا هو التعويض الاتفاقى Conventionnels أو الشرط الجزائى Clause Pénale، وقد يتم تقدير التعويض عن طريق القانون أو المعاهدات الدولية، كما هو الحال فى تحديد سعر الفائدة عن التأخير Les intérets Compensatoires ، وتتضمن بعض الاتفاقيات تحديد مسئولة الناقل البحرى والجوى.

والقاعدة أن تقدير التعويض مرتبط بمقدار الضرر طبقاً للظروف الملابسة، ويقدر التعويض عن الضرر بالصورة التى وصل إليها وقت النطق بالحكم، لا فى تاريخ وقوعه أو وقت رفع الدعوى. وينبغى مراعاة تغير قيمة العملة[1].

(هـ) تقدير التعويض:

يكون التعويض بقدر الضرر[2]. والأصل أن يكون التعويض نقدياً، غير أنه ليس هناك ما يحول دون أن يكون التعويض عينياً. كما لو تلف أو سرق الشئ الذى يلتزم الشخص بالمحافظة عليه، فيمكن إلزامه بإصلاح الشئ أو إحضار شئ مماثل.

---

(١) Y. Chartier, la réparation du préjudice, p. 325.

(٢) Adéquation entre dommage et réparation

المطلب الثالث

المسئولية العقدية عن فعل الغير وعن الأشياء

(أ) المسئولية العقدية عن الأشياء:

رأينا أن الخطأ العقدى يتمثل فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه المتولد عن العقد. ويرجع عدم التنفيذ، فى الأصل، إلى فعل المدين الشخصى. ولكن هناك بعض الحالات التى يرجع عدم التنفيذ فيها إلى فعل الشئ، أى نتيجة تدخل إيجابى من شئ موجود فى حراسة المدين. هنا يكون المدين مسئولاً مسئولية عقدية عن فعل الشئ. ويعتبر فعل الشئ بمثابة فعل شخصى للمدين المتعاقد، لأن الشئ فى حراسته، وهو مسئول عنه. ومن ثم يكون المدين مسئولاً عن فعل الشئ الموجود فى حراسته مسئولية شخصية عن فعله الشخصى، فالنتيجة واحدة فى الحالتين وهى الإخلال بتنفيذ العقد.

والأمثلة كثيرة فى هذا المقام وتزداد حيوية بسبب التقدم التكنولوجى وشيوع استخدام الأجهزة والآلات فى تنفيذ العقود. فالبائع الذى يبيع آلات ومواد معيبة تسبب أضراراً للمشترى، تثور مسئوليته العقدية لإخلاله بالتزامه بالضمان. والمستأجر الذى يضع بالعين مواد متفجرة تؤدى إلى تعيبها، تثور مسئوليته العقدية لإخلاله بالتزامه بالمحافظة على العين وردها بالحالة التى تسلمها عليها. والناقل الذى يستخدم مركبات معيبة تلحق ضرراً بالمسافر، تثور مسئوليته العقدية لإخلاله بالتزامه بسلامة الركاب.

(ب) المسئولية العقدية عن فعل الغير(1):

أولاً: المبدأ: يستعين المتعاقد، فى كثير من الحالات، بغيره لمساعدته أو للحلول محله فى تنفيذ التزامه العقدى. فالمقاول يستعين بالعاملين والمقاولين لمعاونته فى إتمام البناء، والناقل يستعين بالسائقين والحراس، والجراح يستعين بأطباء آخرين والتخدير والتمريض. فإذا ارتكب أحد المساعدين خطأ فإن ذلك يؤدى إلى عدم تنفيذ الالتزام العقدى، هنا تثور المسئولية العقدية عن فعل الغير.

(1) Responsabilité Contractuelle porur autrui.

تنعقد تلك المسئولية بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام الناشئ عن العقد، وذلك بصرف النظر عما إذا كان الشخص الذى إستخدمه المتعاقد فى تنفيذ إلتزامه يعمل لديه بصورة دائمة أو عرضية، بمقابل أو بدون مقابل.

ثانياً: المقصود بالغير: الغير الذى يسأل المتعاقد عن فعله هو الشخص المكلف بتنفيذ الالتزام العقدى، وذلك بمقتضى الاتفاق أو القانون. ويشمل ذلك طوائف ثلاث: المساعدون، من يحلون محل المتعاقد فى تنفيذ الالتزام، من يمثل المتعاقد قانوناً[1].

تمتد مسئولية المتعاقد لتشمل أى إخلال فى تنفيذ العقد يقع من جانب المساعد أو المعاون، سواء كان تابعاً له أو غير تابع. فالناقل يسأل عن خطأ السائق التابع له أثناء نقل البضائع. ويسأل الطبيب عن خطأ ممرضته أثناء إجراء العملية الجراحية. ويسأل البنك عن أخطاء موظفيه أثناء تنفيذ العقود المصرفية مع العملاء. وقد يسعى المتعاقد إلى الحصول على معاونة زميل له غير تابع له فى إنجاز العقد، كالطبيب الذى يستعين بزملائه فى إجراء الجراحة. هنا تثور مسئولية المتعاقد عن الأفعال الضارة التى يرتكبها مساعده أو معاونه ويترتب عليها إخلاله بالتزامه التعاقدى.

وقد يلجأ المتعاقد إلى الغير ليحل محله فى تنفيذ التزاماته كلياً أو جزئياً، كالمقاول الذى يسند العملية المكلف بتنفيذها إلى مقاول آخر أو عدة مقاولين من الباطن، هنا تثور مسئوليته العقدية عن أى خطأ صادر منهم فى تنفيذ المقاولة.

ثالثاً : شروط المسئولية: يشترط لقيام المسئولية العقدية عن فعل الغير عدة شروط هى:

١- يجب أن يكون هناك عقد صحيح بين المدين والمضرور. فإذا لم يوجد العقد إلا بين المسئول والغير الذى أحدث الضرر، كما هو الحال فى مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة، فإن المسئولية تكون تقصيرية responsabilité délictuelle. كما لو أصاب سائق صاحب العمل أحد المارة.

(١) Cornelis, la responsabilité extra – Contractuelle, 2003, p. 108.

٢- أن يكون الغير قد ارتكب خطأ ترتب عليه الإخلال بتنفيذ العقد المبرم مع المضرور، كما لو قام أحد العمال لدى الناقل بسرقة البضاعة المشحونة.

٣- أن يكون هناك تكليف للغير بتنفيذ الالتزام، وذلك بمقتضى الاتفاق أو القانون. والتكليف يفيد أن المدين هو الذى يكون أصلاً مكلفاً بأداء الالتزام الذى عهد به إلى تابعه أو مساعده أو من يحل محله. فالتكليف يتعلق بتنفيذ الالتزام ذاته الذى تعهد به المدين قبل المتعاقد معه[١].

فلابد لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولاً عن الغير مسئولية عقدية. فالمقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو صاحب العمل. والمحامى مسئول عن نائبه فى تنفيذ الوكالة نحو الموكل. والطبيب مسئول عن مساعده نحو المريض.

وتقوم المسئولية العقدية عن الغير المكلف بتنفيذ العقد بناء على القانون كالولى أو الوصى أو القيم حيث يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور عليه.

ولا تقوم تلك المسئولية إذا لم يكن الغير مكلفاً بتنفيذ الالتزام. كما لو تعرض أحد الجيران للمستأجر لمنعه من الانتفاع بالعين، هنا لا تثور مسئولية المؤجر لأن الجار غير مكلف بتنفيذ التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين.

ولا تقوم تلك المسئولية كذلك إذ اقتصر دور المتعاقد المدين على التوسط بين الدائن ومن يعهد إليه بمهمة تنفيذ الالتزام. فالغير يقوم حينئذ بتنفيذ التزامه هو وليس التزام المدين، حيث تكون هناك علاقة عقدية مباشرة بينهما. مثال ذلك شركة السياحة التى تتولى حجز التذكرة للمسافر على إحدى شركات

---

(١) Anvers, 20 Mai 1998, Aj. T. 2000, 181.

الطيران، هنا يقتصر دور الشركة على تقديم خدمة عن الغير، ومن ثم لا يُسأل عن إخلال شركة الطيران بالتزاماتها نحو المسافر.

٤ - يجب ألا يكون الدائن قد تدخل فى إختيار الغير، فتدخل الدائن ينشئ علاقة عقدية مباشرة بينه وبين الغير، تختلف عن العلاقة بين الدائن والمدين الأصلى. فالمدين لا يكون مسئولاً إذا كان الدائن هو الذى إختار الغير أو أقر إختيار المدين له عن بينة وبصيرة(١).

فإذا إختيار المريض بنفسه طبيب التخدير فلا يسأل الجراح عن الخطأ فى التخدير لأن العلاقة تكون مباشرة بين المريض وطبيب التخدير. وتثور مسئولية الجراح إذا كان قد إختيار طبيب التخدير، ولا يستطيع التخلص من المسئولية بحجة عدم إعتراض المريض على هذا الاختيار، فعدم الاعتراض لا يعنى نشوء علاقة مباشرة بينهما.

رابعاً: أحكام المسئولية: إذا توافرت شروط المسئولية العقدية عن فعل الغير، فإن المدين يكون مسئولاً أمام الدائن عن خطأ الغير الذى استخدمه فى تنفيذ العقد، ولا يستطيع المدين نفى المسئولية بإثبات عدم توافر الخطأ فى اختيار التابع أو المساعد أو من يحل محله أو فى رقابته وتوجيهه. ولا يجوز للمدين أن يتخلص من المسئولية إلا بنفس الطرق التى يتخلص بها هو من مسئوليته عن فعله الشخصى. ففى الالتزام بتحقيق نتيجة يمكن التخلص من المسئولية بإثبات السبب الأجنبى. وفى الالتزام ببذل عناية يمكن التخلص من

---

(١) الترخيص للوكيل فى الإنابة دون تعيين شخص النائب، أثره، إعفاء الوكيل من المسئولية العقدية عن عمل النائب وعدم مسئوليته إلا عن خطئه الشخصى. توكيل العميل للبنك فى تحصيل شيك مسحوب على بنك فى دولة أخرى ليس له فيها فرع. مفاده. التصريح له فى إختيار بذلك مراسل فى تلك الدولة ليستعين به فى تحصيل قيمة الشيك. شرطه. ألا يكون قد فرض عليه العميل بنكاً معيناً. مؤدى ذلك. عدم مسئولية البنك الوكيل قبل العميل إلا عن خطئه فى إختيار البنك المراسل أو فيما أصدره له من تعليمات أدت إلى إلحاق الضرر بالعميل. مخالفة ذلك. خطأ. (الطعن رقم ٣٥٠٤ سنة ٦٥ ق – جلسة ١٩٩٦/٥/٢٣).

المسئولية بإثبات أن المساعد أو التابع لم يرتكب خطأ بل قام ببذل العناية المطلوبة فى أداء عمله(1).

المطلب الرابع
تعديل قواعد المسئولية العقدية

إن العقد وليد إرادة المتعاقدين، فالإرادة هى التى تحدد نطاقه ومضمونه وترتيب آثاره. ونظراً لأنه للمتعاقدين حرية تنظيم الالتزامات التى يرتبها العقد فإنه يجوز لهم تعديل القواعد المكملة التى تحدد مضمون هذه الالتزامات. فيجوز الاتفاق على تشديد أو تخفيف مضمون الالتزام الذى يقع على عاتق أحد المتعاقدين. فيجوز الاتفاق على تحمل المؤجر كل الترميمات الضرورية والتأجيرية بالعين المؤجرة. ويجوز الاتفاق على إعفائه من هذه الترميمات. ولا شك أن المسئولية العقدية هى إحدى آثار العقد، لذلك يجوز للمتعاقدين تنظيم أحكام تلك المسئولية أو تعديلها، سواء بالتشديد، أو بالتخفيف أو حتى بالإعفاء، وذلك فى حدود النظام العام.

ويقع عبء إثبات الاتفاق أو الشرط المعدل لأحكام المسئولية العقدية على عاتق من يتمسك به، وهو الدائن فى حالة تشديد المسئولية، والمدين فى حالة تخفيف المسئولية أو الإعفاء منها.

(أ) **التأمين من المسئولية:**

يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية. ويغطى التأمين كل خطأ يصدر من المدين فى تنفيذ العقد، ما عدا الفعل العمد، وكذلك كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم فى تنفيذ إلتزامه حتى عن الفعل العمد.

والتأمين هو إتفاق المدين مع المؤمن على تحمل الأخير المسئولية بدلاً عنه. وهذا الاتفاق الذى لم يكن الدائن طرفاً فيه ليس من شأنه تعديل أحكام المسئولية ولا إعفاء المدين منها. فيظل للدائن حق الرجوع على المدين

(1) L. Garton, best efforts, J. Bus. Law, 2002, p. 142.

المسئول. ولا شك أن التأمين يعضد حق الدائن فى التعويض حيث يوجد إلى جانب المدين الأصلى مدين آخر ملئ.

فعقد التأمين من المسئولية يلقى عبء المسئولية من المدين المسئول إلى المؤمن مقابل قسط معين. مثال ذلك تأمين الناقل عن مسئوليته أى ما قد يتعرض له من رجوع بسبب الأضرار التى تصيب الأشخاص أو الأشياء التى يتعهد بنقلها.

(ب) الاتفاق على تشديد المسئولية:

يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية المدين فى العقد. وتتخذ الاتفاقات المشددة للمسئولية العقدية(١) صوراً متعددة:

١- يجوز الاتفاق على جعل الالتزام بعناية إلتزاماً بتحقيق نتيجة يتم الإخلال به بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة، دون حاجة إلى إثبات تقصير المدين، ويجوز الاتفاق على إشتراط بذل المدين قدر من العناية يفوق تلك التى يطلبها القانون وهى عناية الشخص المعتاد.

٢- يجوز الاتفاق مقدماً فى العقد على تقدير التعويض الذى يستحق على أحدهما نتيجة إخلاله بالتزامه العقدى، بحيث يستحق هذا التعويض الاتفاقى دون حاجة إلى أن يثبت الدائن ضرراً أصابه. وهذا ما يطلق عليه بالشرط الجزائى، ومن شأن هذا الشرط إعفاء الدائن من إثبات وجود الضرر خلافاً للقاعدة العامة. وعلى المدين عبء إثبات إنتفاء الضرر. ولكن إستحقاق هذا التعويض منوط بتوافر شروط المسئولية العقدية، من وقوع ضرر للدائن وثبوت تقصير الملتزم فى الوفاء بالتزامه، وعلاقة السببية بين التقصير والضرر.

ولا يلتزم القاضى بالضرورة بأن يحكم بالتعويض الاتفاقى إذا تبين له أن هذا التعويض مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة بالنسبة إلى الضرر الواقع للدائن،

---

(١) Clauses aggravantes de responsabilité

أو إذا تم تنفيذ الالتزام فى جزء منه، هنا يجوز للقاضى خفض التعويض ليجعله متناسباً مع الضرر المترتب على الإخلال بالالتزام.

أما إذا تبين أن الضرر الذى حدث للدائن يجاوز قيمة التعويض المتفق عليه، فالقاعدة أنه لا يجوز زيادة مقدار التعويض الاتفاقى. هنا يكون الشرط الجزائى بمثابة إتفاق على التخفيف من المسئولية لأن مقداره أقل من مقدار الضرر المتحقق فعلاً، أما إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، كما لو كان قد امتنع عمداً عن التنفيذ بقصد إنزال الضرر بالدائن، هنا يجوز إلزام المدين بتعويض كل الضرر ولو جاوز ذلك قيمة الشرط الجزائى.

٣- يجوز الاتفاق على التزام المدين بتعويض الدائن عن كافة الأضرار التى تحل به نتيجة الإخلال بالالتزام التعاقدى، بما فى ذلك الضرر غير المباشر والضرر غير المتوقع.

٤- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، بحيث يكون مسئولاً عن عدم التنفيذ للعقد حتى لو كان مرجع ذلك هو القوة القاهرة، ويجوز الاتفاق على أن المدين لا يعفى من المسئولية إلا إذا كان عدم التنفيذ ناجم عن حوادث جبرية معينة يعددها الطرفان. فالمدين يتحمل مسئولية عدم التنفيذ الراجع لغير هذه الحوادث. لا شك أن مثل هذا التشدد صحيح وجائز لأنه بمثابة تأمين للدائن ضد مخاطر القوة القاهرة والحادث الفجائى.

(جـ) الاتفاق على تخفيف المسئولية أو الإعفاء منه (١) :

أولاً: صور الاتفاق: يجوز الاتفاق، كقاعدة عامة، على تخفيف المسئولية العقدية أو الإعفاء فى حدود معينة. وتتعدد صور هذا الاتفاق.

---

(١) ويعبر عن ذلك بشروط ذات صياغة مختلفة
Clauses restrictives de responsabilité, Clause d'exonération, clauses d'allégement des obligations, clauses limittatives de responsabilité, Clauses exonérataires de responsabilité.

١- يجوز الاتفاق على تحويل الالتزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية، بما يترتب على ذلك من نقل عبء الإثبات على عاتق الدائن بدلاً من المدين، فلا تثور مسئوليته إلا إذا أثبت الدائن تقصيراً منه في بذل العناية المطلوبة. وفي الالتزام ببذل عناية يجوز تخفيف العناية المطلوبة، ويجوز إعفاء المدين من المسئولية عن الخطأ التافه أو اليسير.

٢- يجوز الاتفاق على إنقاص التعويض المستحق عن القدر الذي يعينه القانون، كتحديد التعويض بمبلغ محدد لا يتجاوزه أو بنسبة معينة من التعويض الكامل[١]. وقد يتم الاتفاق على تحديد مقدار التعويض المستحق للدائن بمبلغ معين لا يجوز له المطالبة بأكثر من ذلك، ولو جاوزت قيمة الضرر هذا المبلغ.

٣- يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أي رفع مسئولية المدين كلية، وعدم إلزامه بدفع أي تعويض للدائن، ولو ثبت إصابته بضرر نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

ثانياً: شروط صحة الاتفاق: إن الاتفاق على تخفيف المسئولية أو الإعفاء منها أمر جائز، ولكن بعده قيود هي:

١- لا يجوز الإعفاء من المسئولية العقدية أو التخفيف منها في حالة غش المدين، أو خطئه الجسيم ، فيبطل الاتفاق على الإعفاء من فعل المدين العمد أي الغش أو الخطأ الجسيم، وعلى ذلك فإن الاتفاق على الحد من المسئولية أو الإعفاء منها يقتصر على حالة الخطأ غير العمدي أو التافه.

ولكن يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزامه. وعلى ذلك يجوز الاتفاق على إعفاء الناقل من المسئولية عن هلاك البضاعة الراجع إلى خطأ السائق الجسيم.

---

(١) بشرط عدم النزول عن الحد الأدنى المقرر قانوناً كما هو الحال بالنسبة لمعاهدة سندات الشحن.

Kohl, les Clauses qui organisent la poursuite des relations Contractulles, R. D. A. I, 20005, P. 460.

٢- لا يجوز الإعفاء أو التخفيف من المسئولية بالمخالفة لقاعدة تتعلق بالنظام العام. مثال ذلك الاتفاقات الدولية التى تضع حدا أقصى وحداً أدنى للمسئولية، والتى تلتزم بتطبيقها دولتنا لأنها انضمت إليها. هنا يكون الاتفاق على إعفاء المدين من المسئولية أو تخفيفها عن الحد الذى تقضى به المعاهدة الدولية باطلا بطلاناً مطلقاً لأن الحدود الواردة بالمعاهدة تتعلق بالنظام العام(١).

ومثال ذلك مسئولية البائع عن أى استحقاق يقع من فعله، ويبطل كل اتفاق يقضى بغير ذلك، فلا يجوز إعفاء البائع من ضمان الاستحقاق أو التعرض الناشئ عن فعله(٢).

٣- لا يجوز الإعفاء من المسئولية العقدية أو التخفيف منها إلا بالنسبة إلى الضرر الواقع على المال، ولا يجوز ذلك بالنسبة للأضرار التى تلحق الشخص فى جسمه أو صحته أو حياته. فسلامة الإنسان فى جسمه وكيانه الأدبى وشرفه لا يجوز أن يكون موضوع إتفاق.

---

(١) نقض ١٩٧٥/٤/٣٠ س ٢٦ ص ٨٩٠-.

(٢) م ٤٤٥ مدنى.

Sayag, les ventes à credit, J. C. P. 1972, 2451.

ويعرف فى العقد الدولى بشرط

Hold – harmless agreements, Contractual indemnity clause.

المبحث الثانى
وقف العقد
Susension du Contrat

يمكن أن توجد بعض العقبات التى تمنع تنفيذ العقد بصفة مؤقتة أى وقفه. فالوقف يؤدى إلى إستبقاء العقد، بالرغم من عدم تنفيذه، على أمل إتمام هذا التنفيذ فى المستقبل، عند زوال الصعوبات الواقعية أو القانونية التى تحول مؤقتا دون تنفيذه.

ونعرض بداية للأسباب العامة للوقف، ثم نتناول أهم تطبيقاته فى العقود الملزمة للجانبين وهو الدفع بعدم التنفيذ.

المطلب الأول
الأسباب العامة للوقف

(أ) **أسباب وقف العقد:**

هناك عدة أسباب لوقف العقد Suspension du Contrat، منها ما يرجع إلى إرادة الأطراف، ومنها ما يرجع إلى القوة الملزمة، ومنها ما يرجع إلى حكم القانون:

١- يتفق الطرفان، أحياناً، على وقف تنفيذ العقد. هنا يتم الوقف بناء على إتفاق، ومن ثم يتم إعماله وفقا لشروط هذا الاتفاق. يقرر المتعاقدان الوقف الاتفاقى للعقد رغبة فى الحفاظ على إمكانية تنفيذه فى المستقبل. ويحدث ذلك كثيراً بسبب التقلبات الاقتصادية وتغير أسعار العملة. فقد يتفق المتعاقدان على وقف تنفيذ عقد إستيراد سلعة معينة مدة مؤقتة لحين تحسن ظروف السوق.

٢- يتم وقف تنفيذ العقد، فى بعض الأحيان، إذا طرأت قوة قاهرة مؤقتة تمنع الاستمرار فى التنفيذ Cas fortuit, farce majeure. فالقوة القاهرة تؤدى، كقاعدة عامة، إلى إنقضاء العقد أى إنفساخه بسبب إستحالة تنفيذه. أما إذا

كانت القوة القاهرة تتسم بطابع التأقيت فإنها تؤدى إلى وقف العقد وليس إنقضائه.

ويشترط لوقف العقد بسبب إستحالة تنفيذه أن تكون هذه الاستحالة مؤقتة أى قابلة للإنتهاء فى المستقبل من جهة، وأن تنتهى قبل أن يصبح تنفيذ العقد غير مجد من جهة أخرى. فإذا أدجت القوة القاهرة إلى إستحالة تنفيذ العقد مدة طويلة على نحو يؤدى إلى تفويت الغرض من الصفقة، فإن العقد ينقضى كلية. كما لو كان التعاقد على بضاعة لعرضها فى موسم أو مناسبة معينة(١).

ويتم الوقف هنا بقوة القانون، كما هو الحال فى إنفساخ العقد أو إنقضائه بسبب إستحالة تنفيذه لقوة قاهرة، وعند اللجوء إلى القضاء لتقرير الوقف، فإن دوره ينحصر فى بحث توافر شروط القوة القاهرة وأثرها المؤقت أو الدائم على تنفيذ العقد، ومدى ملائمة الوقف على ضوء الغاية من العقد. ويكون حكم القاضى مقرراً للوقف وليس منشئاً له.

ويتم وقف العقد، بسبب الاستحالة المؤقتة، فى كل من العقود الفورية وعقود المدة. فقد يتم وقف عقد بيع صفقة سيارات إذا حظرت الدولة الاستيراد لمدة معينة. وتطبق محكمة النقض الوقف بالنسبة لعقد العمل، فقررت بأن الوقف يقصد به وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التى يفرضها العقد على طرفيه عند حدوث قوة قاهرة تؤدى إلى الاستحالة المؤقتة للتنفيذ. والاستحالة الوقتية لا ترتب إنفساخ عقد العمل بقوة القانون بل تؤدى إلى مجرد توقفه لأن الانفساخ لا يقع إلا بالاستحالة النهائية. وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة بوقف عقد العمل فى حالة اعتقال العامل، فالاعتقال يعتبر قوة قاهرة مستقلة عن

(١) وتطبيقا لذلك تنص المادة ٨٦ على أنه:
يجوز لكل من طرفى عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب إنهاءه أو إعادة النظر فى شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى.

إرادة العامل الذى يعتبر بريئاً طالما أن حكماً جنائياً لم يصدر بعقابه وذلك إعمالا لقاعدة قرينة البراءة. والاعتقال بطبيعته مؤقت[1].

٣- يقرر القانون وقف العقد فى بعض الحالات. مثال ذلك إقرار المشرع لحق معين يترتب على إستعماله وقف العقد. كحق العامل فى الإضراب الذى يؤدى إلى وقف العقد خلال فترة الإضراب، وحق الأم فى إجازة الأمومة التى قد تصل إلى عامين.

وقد يقرر المشرع وقف العقد لاعتبارات معينة، كوقف عقد العمل خلال فترة أداء العامل للخدمة الوطنية أو العسكرية.

٤- يجوز للقاضى منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه إذا اقتضت الظروف ذلك، وهذا ما يسمى بنظرة الميسرة. فقد يرى القاضى، بدلاً من الحكم بفسخ العقد، إمهال المدين حسن النية المتعسر بسبب ظروف مؤقتة، مدة محددة لتنفيذ التزامه. يترتب على ذلك وقف العقد خلال تلك المدة.

٥- يتقرر الوقف، أحياناً، كجزاء لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه. مثال ذلك النص فى عقد التأمين على وقف الضمان عند عدم الوفاء بالقسط، فلا تتحمل شركة التأمين المخاطر التى تتحقق خلال مدة الوقف[2]. فإذا تحقق الخطر المؤمن منه خلال مدة الوقف عن دفع القسط فإن المؤمن لا يلتزم بالضمان، ويستأنف العقد سريانه فى المستقبل متى قام المؤمن له بسداد الأقساط المستحقة. والوقف هنا يتم لمصلحة المؤمن حيث يقف فيه التزامه بالضمان، بينما يظل التزام المؤمن له بدفع القسط قائماً لا ينقضى، ومن أمثلة الوقف الجزائى أيضاً ما يرد فى عقود توريد المواطنين بالغاز أو الكهرباء أو المياه فمن حق الجهة الموردة وقف التوريد فى حالة عدم السداد خلال مدة معينة. وكذلك الحال بالنسبة لخدمة الهاتف "التليفون".

---

(١) نقض ١٩٧٧/٣/٦ س ٢٨ ص ٦١٢

(٢) Buchler, Les Clauses de Confidentialité dans les Contrats internatoneux, R. D. A. I. 2002. p. 359.

ولعل من أهم تطبيقات الوقف الجزائى الدفع بعدم التنفيذ حيث يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه كرد فعل لعدم تنفيذ الطرف الآخر للالتزامات المقابلة، كما سنرى بالتفصيل.

والوقف فى مثل هذه الحالات يحمل وجهين: الأول: جزاء الإخلال بالالتزام، الثانى: وسيلة فعالة للضغط على المتعاقد لتنفيذ التزامه.

(ب) آثار وقف العقد:

١- يؤدى الوقف إلى عدم تنفيذ الالتزامات المتبادلة، التى يفرضها العقد على طرفيه، خلال مدة معينة. ففى عقد التوريد مثلاً يقف التزام المورد بتوريد البضاعة ويقف الالتزام بدفع الثمن.

وقد يقتصر الأمر على تنفيذ الالتزامات الرئيسية مع بقاء الالتزامات الثانوية. فتجنيد العامل يؤدى إلى وقف التزام العامل بأداء العمل والتزام صاحب العمل بالوفاء بالأجر. ويظل العامل متمتعاً بحقوقه الأخرى كالحق فى الأقدمية والمعاش والمزايا الاجتماعية والثقافية، ويظل العامل ملتزماً بعدم منافسة صاحب العمل والمحافظة على أسرار العمل، فالوقف لا يمس وجود العقد بل تظل الرابطة العقدية مستمرة طوال فترة الوقف.

وقد يشمل الوقف الالتزامات المتقابلة، كما فى حالة الدفع بعدم التنفيذ، حيث يمتنع المتعاقد عن تنفيذ التزامه المقابل للالتزام الذى أخل الطرف الآخر به. كامتناع المصنع عن توريد كمية الملابس الواجبة التسليم خلال شهر معين لعدم دفع التاجر للقسط من الثمن الواجب السداد فى نفس الموعد. وقد يقتصر الوقف على التزام أحد المتعاقدين فقط مع بقاء إلتزام المتعاقد الآخر قائماً. كما رأينا فى عقد التأمين بمناسبة أسباب الوقف.

٢- يستمر الوقف طالما ظل سببه قائماً، وبزوال سبب الوقف يستأنف العقد سريانه ويعود للنفاذ وترتيب آثاره من جديد بنفس شروطه دون تعديل. ويظل العقد بعد سريانه خاضعاً لنفس القانون الذى كان يخضع له عند إبرامه لأننا بصدد نفس العقد.

ويتفق الطرفان، غالباً، على تحديد موعد إستئناف العقد. وعند الاختلاف يتعين على الدائن إعذار المدين بضرورة إستئناف تنفيذ التزامه، عند زوال سبب الوقف، لإثبات تقصيره تمهيداً للمطالبة بالتعويض. ولا تثور صعوبة فى العقد غير محدد المدة حيث يستمر فى السريان، بخلاف الحال بالنسبة للعقد محدد المدة حيث يؤدى الوقف إلى إنقاص المدة الفعلية للتنفيذ لأن العقد ينتهى بانتهاء مدته، ما لم يتفق الأطراف على امتداده بقدر مدة الوقف.

٣- يقتضى مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقد التزام أطراف العقد الموقوف بالمحافظة عليه، والعمل على استبقاء الرابطة العقدية، والتعاون فى سبيل إزالة سبب الوقف تمهيداً لاستئناف تنفيذ العقد. فإذا تبين من سلوك أحد المتعاقدين أنه يتخذ الوقف كذريعة للإضرار بالطرف الآخر والتخلص من الرابطة العقدية، فإن هذا السلوك يشكل إخلالاً بالعقد ويستوجب التعويض(١).

المطلب الثانى
الدفع بعدم التنفيذ

(أ) مفهوم الدفع بعدم التنفيذ:

الدفع بعدم التنفيذ هو امتناع مشروع عن الوفاء، ففى العقد الملزم للجانبين يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به(٢). فهو وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ.

"فمن الأصول التى يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة على وجه التبادل والقصاص. فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات، فلا يجوز تفريعاً على ما تقدم، أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ

---

(١) C. Maleck, L'exception d'inexécution, 1991, p. 135.

(٢) تنص المادة ١٦١ مدنى على أنه: فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به.

ما التزم به، قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل[1]. وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد. ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين. فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفى به، حتى يؤدى إليه ما هو مستحق له، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع، إنما يوقف أحكام العقد، لا أكثر، فالعقد لا يفسخ فى هذه الصورة، ولا تنقضى الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق، بل يقتصر الأمر على وقف التنفيذ، وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ"[2].

يتضح من ذلك أن هناك أكثر من أساس لذلك الدفع:

١- فهو يجد أساسه فى فكرة السبب التى تقيم إرتباطاً بين الالتزامات فى العقد الملزم للجانبين، فإذا كان كل من الالتزامين المتقابلين مستحق الأداء كان مقتضى فكرة الارتباط بينهما أن يتعاصر تنفيذهما، فلا يمكن مطالبة المتعاقد بتنفيذ التزامه ما دام المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه.

٢- يجد هذا الدفع أساسه فى الدفاع الشرعى، فالدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية أو ضمانة يقررها القانون للمتعاقد لدفع مطالبته بتنفيذ إلتزامه حتى يفى المتعاقد الآخر بالتزامه. فالمتعاقد يمتنع عن التنفيذ ما دام لم يحصل على حقه المقابل. يشكل هذا الدفع وسيلة لتهديد المدين لتنفيذ التزامه، ويقدم للمتنع حماية من خطر إعسار مدينه، فهو فى نفس الوقت دائن ومدين للطرف الآخر.

٣- يقتضى مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود ألا يطلب المتعاقد من الطرف الآخر تنفيذ التزامه إلا إذا كان هو بدوره قد قام بتنفيذ التزامه المقابل.

(١) Compensation des prestations inéxécutées

(٢) الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٣٣.
من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً لنص المادة ١٦١ من القانون المدنى أن يكون الالتزام الذى يدفع تنفيذه مستحق الوفاء، أى واجب التنفيذ حالاً. فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع. (الطعن رقم ١٤٣٣ سنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣ س ٣٣ ص ٥٦٦).

والواقع أن الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق للقاعدة العامة فى الحق الحبس. مؤدى هذا الحق أنه عندما يوجد إلتزامان مترابطان المدين بأحدهما دائن بالآخر، فإنه يكون لكل من الطرفين أن يحبس الأداء الذى إلتزم به، ما دام الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ إلتزامه.

(ب) **شروط الدفع بعدم التنفيذ:**

يشترط للتمسك بعدم التنفيذ توافر أربعة شروط هى:

١- وجود عقد ملزم للجانبين: يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين، حيث تتضمن التزامات متقابلة أو تبادلية، ويكون هناك طرفان كل منهما دائن للآخر ومدين له، ويرتبط إلتزام كل منهما بالآخر ويترتب عليه. فالبائع دائن بالثمن ومدين بالتسليم والمشترى دائن بالتسليم ومدين بالثمن. لذلك يجوز للبائع الامتناع عن التسليم إذا لم يف المشترى بالثمن المستحق.

يتضح من ذلك أنه لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ خارج نطاق العقد الملزم للجانبين، ففى العقد الملزم لجانب واحد إذا أخل المدين بالتزامه، لا يكون على الدائن التزام ليدفع بعدم تنفيذه، وحتى بفرض ذلك فإننا نكون بصدد حق فى الحبس. مثال ذلك الوديعة بدون أجر حيث قد يضطر المودع لديه بإنفاق بعض المصروفات. هنا يوجد ارتباط بين التزام المودع لديه بالرد والتزام المودع بدفع المصروفات، ويكون للأول أن يحبس ما لديه حتى يؤدى الآخر ما عليه. وكذلك الحال فى مجال العلاقات غير العقدية، مثال ذلك يجوز لكل من العاقدين بعد الفسخ حبس ما إستوفاه حتى يسترد ماله فى ذمة الطرف الآخر[1]. وإمتناع الحائز عن تسليم الشئ الذى يحوزه إلى مالكه، بقصد حمل المالك على رد ما أنفقه الحائز على الشئ من مصروفات هو من قبيل الحق فى الحبس.

ففى الحق فى الحبس يكفى مجرد الارتباط بين الالتزامين، أما فى الدفع بعدم التنفيذ، وهو صورة أو تطبيق خاص للحق فى الحبس، فيجب أن نكون

---

(١) نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ س ١٦ ص ١٢٣٤.

بصدد عقد تبادلى من جهة، وأن يكون هنـاك تقـابلاً بيـن الالـتزام الـذى لـم ينفذ والالتزام الذى يقع على عاتق المتمسك بالدفع من جهة أخرى.

ولا يكفى أن يكون كل من الطرفين دائناً ومديناً للآخر فى نفس الوقت، بل يلزم أن يكون هناك تقابل أساسه وحدة الأصل لكل من الدينين. فالمشترى لا يستطيع الدفع بعدم تنفيذ التزامه بأداء الثمن بحجة أن البائع يستأجر منـه عقـاراً ويمتنع عن دفع الأجرة، فتعدد العقود يعنى عدم تقابل الالتزامات[1]. إلا إذا كـان هناك تقابل وارتباط بين الالتزامات الناشئة عن كل من العقدين، كما لو بـاع (أ) إلى (ب) عقاراً، وباع (ب) إلى (أ) عقاراً آخر فى ذات التاريخ، وتم الاتفاق فى العقد الأول على أن ثمن العقار هو جزء من ثمن العقار الآخر. هنا نكون بصدد رابطة عقدية تولد التزامات متقابلة وتجيز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ[2].

٢- التزامـات مسـتحقة الأداء: يجـب أن تكـون الالتزامـات المتقابلـة مستحقة الأداء، لأنها لو لم تكن كذلك لما كـان هنـاك أى إخـلال بـالتزام عقدى. وينطبق ذلك على كل من التزام من يطالب بالتنفيذ، والالتزام المطـالب بتنفيذه، فلا يجوز الدفـع بعدم التنفيـذ إذا كـان الالـتزام المقـابل غير مسـتحق الأداء أى مقترن بأجل، إذ يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالاً. فإذا كان التزام المشترى بدفـع الثمن مؤجلاً، فلا يجوز للبائع الامتناع عن تنفيذ التزامه بالتسليم.

وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين البـدء فـى تنفيـذ التزامـه قبـل الطرف الآخر، فلا يجوز للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً التمسـك بـهذا الدفـع، بـل يجب عليه الوفاء بما التزم به دون أن ينتظر التنفيذ من المتعاقد الآخر. ولتحديـد من يبدأ فى التنفيذ يتعين الرجوع إلـى شـروط العقـد وإلـى طبيعـة الالـتزام وما جرت عليه المعاملات والعرف[3].

---

(١) نقض ١٩٧٧/٢/٢٢ س ٢٨ ص ٥٠٥

(٢) نقض ١٩٨٩/٤/١١ س ٤٠ ح ٢ ص ٥٩

(٣) Grosser, Les remédes à l'inexecution du Contrat , 2000, p. 58.

ولا يجوز الدفع بعدم التنفيذ فى حالة الالتزام المؤجل بمقتضى الاتفاق، أما الأجل القضائى أى نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين لإمهاله فى الوفاء لا تمنع دائنه من أن يتمسك فى مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ. فإذا حل أجل الوفاء بالثمن، وقام القاضى بمنح المشترى أجلاً لدفعه، فإنه يكون للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفى الثمن.

ويجب أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً جدياً وحقيقياً وواجب النفاذ. فلا يجوز التمسك بالدفع بصدد التزام طبيعى لأنه لا جبر فى تنفيذه. فإذا سقط الالتزام بدفع الثمن بالتقادم، فإنه يصبح التزاماً طبيعياً، ولا يجوز للبائع، فى هذه الحالة، الامتناع عن تنفيذ التزامه بالضمان لعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن. ولا يجوز للمستأجر الامتناع عن الوفاء بالأجرة لعدم قيام المؤجر بترميمات تأجيرية لا يلتزم بالقيام بها.

٣- عدم تنفيذ الالتزام المقابل: إن الدفع بعدم التنفيذ هو رد فعل لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه. ومن ثم يجب أن يكون هناك إخلال بتنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه، ويجوز للمتعاقد التمسك بالدفع وعلى المتعاقد الآخر عبء إثبات الوفاء بالتزامه.

٤- مراعاة حسن النية: يجب على من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ الالتزام بمبدأين: الأول، عدم التعسف فى استعمال الحق. الثانى، حسن النية فى تنفيذ العقد. فلا يجوز التعسف فى استعمال هذا الدفع ولا يجوز التمسك به على نحو يتعارض مع ما ينبغى أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية.

فلا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد نفذ الجزء الأكبر أو الأهم من التزامه ولم يبق سوى جزء يسير منه، هنا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزامه، إن كان قابلاً للتجزئة، يقابل الجزء الذى لم ينفذ كوسيلة لحمل الآخر على إكمال الوفاء بالالتزام.

ويقتضى حسن النية أن يكون المتمسك بالدفع مستعداً لأداء التزاماته، فإذا جمد أحد المتعاقدين تعهده وأعرب فى جلاء ووضوح عن نيته فى عدم

الوفاء بما التزم بـه، فـلا يقبـل منـه أن يتمسـك بـالدفع لعـدم تنفيـذ المتعـاقد معـه للالتزام المقابل لالتزامه[1].

(جـ) **التمسك بالدفع بعدم التنفيذ:**

١- يجوز لكل من المتعاقدين التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فهو حق مقرر لمن كان طرفاً فى العقد والخلف العام والخلف الخاص. وليس للغـير أن يتمسـك بهذا الدفع، فلا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلـف المشـترى عن الوفاء بالثمن، لأن هذا الدفع هو بذاته الدفـع بعـدم التنفيـذ، ولا يقبـل إلا مـن المتعاقد الآخر، فلا يثبت التمسك بهذا الدفع للمشترى الثانى للعقـار المبيـع بغيـة الوصول إلى ثبوت الملكية له دون المشترى الأول[2].

٢- لا يجوز للقاضى إعمال الدفع بعدم التنفيذ من تلقاء نفسه، بل ينبغـى التمسك به من قبل أحد المتعاقدين.

٣- يتمسك المتعاقد بالدفع فى مواجهة المتعاقد الآخـر، ويجـوز التمسـك به أيضاً فى مواجهة الغير الذى يتمسك بحق ناشئ عن العقد، فيمكن التمسك بـه فى مواجهة الدائن الذى يمارس حقوق مدينه بموجب الدعوى غير المباشـرة[3]. ويجوز للمتعهد التمسك به فى مواجهة المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير[4].

٤- والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يتعلق بالنظام العام، فـهو حـق مقـرر لكل من المتعاقدين، لذلك يجوز التنازل عن مباشرته صراحة أو ضمنـاً، طالمـا أن هناك دلالة قاطعة على وجود تنازل ضمنى. فقبـول الوفـاء الجزئـى لا يفيـد، مثلاً، النزول عن التمسك بالدفع. واللجوء إلـى إجـراءات العـرض والإيـداع لا

---

(١) نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ س ١٨ ص ١٩٣٢

(٢) يتعين للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى العقود الملزمة للجانبين ألا يكون المتمسك بـه قـد أخل بالتزامه عمداً أو قصر فى الوفاء به وجحد تعـهده وأعرب فـى جـلاء ووضـوح عن نيته فى عدم الوفاء عيناً. (الطعن رقم ١٧٠٢ سنة ٥٦ ق – جلسـة ١٩٨٩/٥/١٨ س ٤٠ ع ٢ ص ٣١٠).

(٣) نقض ١٩٨٣/٥/٢٤ س ٣٣ ص ١٢٩٢.

(٤) انظر ما سبق ص ٧٩.

يعتبر نزولاً عن التمسك بالدفع[1]. ويجوز الاتفاق فى العقد على عدم جواز تمسك أحد المتعاقدين أو كلاهما بالدفع.

٥- يجوز للمتعاقد التمسك بالدفع فى مواجهة المتعاقد الآخر الذى يطالبه بالتنفيذ. ويستوى أن تكون المطالبة ودية أم قضائية. والامتناع عن التنفيذ يستتبع، غالباً، لجوء الطرف الآخر إلى القضاء الذى يبحث مدى مشروعية التمسك بالدفع.

فالتمسك بالدفع يتم، كقاعدة عامة، دون حاجة للجوء إلى القضاء، وقد يتم فى صورة دفع عند مطالبة الطرف الآخر بالتنفيذ، وقد يفضل المتعاقد استعمال الدفع من خلال رفع دعوى مبتدأة. وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: ولئن كان المعتصم بالحق فى الامتناع عن التنفيذ فى غير حاجة إلى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعمال هذا الحق، بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته بتنفيذ ما توقف عن تنفيذه من التزامات فيتمسك فيها بحقه فى عدم التنفيذ، إلا أنه ليس فى القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد إلى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه فى مدى ما يحق له حبسه من التزاماته وأراد من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من عواقب ما قد يقع فيه من خطأ فى تقدير هذا المدى، ذلك أن لكل حق دعوى تحميه من الاعتداء وتقرره عند المنازعة فيه[2].

٦- والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يستلزم توجيه إعذار للمتعاقد الآخر الذى أخل بتنفيذ التزامه. ولكن تبدو أهمية الأعذار لتأكيد الإخلال بالالتزام أى لإثبات تقصير المتعاقد الآخر فى الوفاء بالتزامه. فللبائع الامتناع عن تسليم المبيع بسبب عدم وفاء المشترى بالثمن دون حاجة إلى إعذاره، ولكن تبدو أهمية الإعذار فى إثبات الإخلال بالوفاء بالثمن حتى لا يدعى المشترى بأنه كان على استعداد لدفع الثمن ولكن البائع لم يتسلمه. فالاعذار ليس شرطا للتمسك

(١) نقض ١٠/١٢/١٩٧٥ س ٢٦ ص ١٦٠٦

(٢) نقض ١١/١١/١٩٦٥ س ١٦ ص ١٠١٨.

بالدفع بعدم التنفيذ، ولكنه قد يكون شرطاً لتأكيد إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، وذلك لإضفاء المشروعية على الامتناع عن التنفيذ كرد فعل لذلك الاخلال.

٧- تثور الصعوبة عندما يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع حيث يمتنع كل منهما عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ. هنا يجوز التغلب على تلك الحالة من انعدام الثقة عن طريق اللجوء إلى إجراءات العرض الحقيقى والإيداع، وبذلك يتم التنفيذ من الطرفين فى وقت واحد، فيقوم المشترى، مثلاً، بعرض الثمن وإيداعه خزانة المحكمة مع اقترانه بشرط عدم صرفه إلا بعد تمام التسليم. وللقاضى أن يلزم كل منهما بإيداع ما التزم به فى خزانة المحكمة، فالمشترى يودع الثمن، ويضع البائع المبيع فى حراسة من تعينه المحكمة.

٨- والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو دفاع يخالطه واقع، فهو دفاع موضوعى فى الدعوى، لذلك يمكن إبداؤه فى أى مرحلة ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف. إلا أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض.

(د) آثار الدفع بعدم التنفيذ:

١- يؤدى الدفع بعدم التنفيذ إلى وقف تنفيذ الالتزام المتمسك به طوال الفترة التى لا يتم فيها تنفيذ الالتزام المقابل. فالمشترى يمتنع عن الوفاء بالثمن حتى يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم. هنا يقف تنفيذ العقد حتى يتم التوصل إلى البدء فيه من أحد الطرفين، أو منهما معاً فى نفس الوقت، أو من خلال العرض والإيداع.

٢- فالدفع لا يؤثر على وجود العقد، ولا يؤدى إلى زوال الالتزام. بل يبقى كما هو دون نقص فى مقداره. فإذا ما عاد المدين إلى تنفيذه كان عليه أن ينفذه بكامله. وإذا أصر على عدم التنفيذ، فعلى المتعاقد الآخر إما أن يلجأ إلى التنفيذ العينى الجبرى إن كان ممكناً، وإما إلى المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية، وإما المطالبة بفسخ العقد(١).

(١) R. Dahan, L'exception d'inexecution, une forme de resolution unilatérale du Contrat, D. 1994, p. 255.

٣- يؤثر وقف التنفيذ على العقود الزمنية، حيث يؤدى إلى نقص فى مقدار الأداء الواجب بقدر الزمن الذى وقف التنفيذ خلاله. فإذا كنا بصدد عقد إيجار مدته سنة، وامتنع المؤجر عن تسليم العين مدة أربعة أشهر لعدم دفع الأجرة، فإن مدة الوقف تنتقص من العقد.

٤- والمتعاقد الذى يمتنع عن التنفيذ، استناداً إلى الدفع، لا يعد مقصراً فى عدم الوفاء، ومن ثم لا تترتب عليه أية مسئولية عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه. فهو لا يكون مسئولاً عما يلحق الطرف الآخر من ضرر من جراء عدم تنفيذ الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه. وإذا تمثل هذا التزام فى مبلغ من النقود، فلا تستحق عنه فوائد تأخير. فهو لا يكون مخطئاً عند ممارسته لحقه، فى حدوده ودون تعسف. ولا يجوز اتخاذ أى إجراء تنفيذى فى مواجهته حتى ولو حل أجل الوفاء. فإذا امتنع المشترى عن الوفاء بالثمن بسبب عدم تسليم المبيع، فلا يجوز للبائع التنفيذ عليه استيفاء للثمن الذى حل أجله.

٥- يقدم الدفع تأميناً أو ضماناً هاماً لمن يتمسك به إذا تمثل إلتزامه فى تسليم شئ، حيث يترتب على التمسك بالدفع حبس الشئ، هنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق فى الحبس، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع حتى يستوفى الثمن. هنا يجب على الحابس المحافظة على الشئ، وإذا كان الشئ يخشى عليه الهلاك أو التلف، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه، وينتقل الحق فى الحبس إلى الثمن(١).

ويستطيع الدائن الحابس التمسك بحقه فى مواجهة كل من يكتسب حقاً على الشئ المحبوس بعد ثبوت حقه. فإذا امتنع البائع عن تسليم المبيع لعدم الوفاء بالثمن، وقام المشترى، رغم ذلك، ببيعه لمشترى آخر أو رهنه لدائن مرتهن، فإنه يجوز للبائع أن يحبس العين المبيعة ويتمسك بالدفع ضد المشترى الثانى أو الدائن المرتهن. ويجوز التمسك بالدفع فى مواجهة دائن المشترى الذى يستعمل الدعوى غير المباشرة، وكذلك الحال إذا أراد هذا الدائن التنفيذ على المبيع الذى يحبسه المتمسك بالدفع.

---

(١) م ١١١٩، ٢٤٧ مدنى.

المبحث الثالث

إنحلال العقد

La dissolution du Contrat

إن المصير المألوف للعقد الصحيح هو الوفاء، أى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، ولا يؤدى هذا التنفيذ إلى زوال العقد، بل يؤكد وجوده واستمرار بقاءه كسند للحقوق التى نشأت عن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه. فإذا تم تنفيذ عقد البيع، فإنه يظل باقيا كسند لملكية المشترى.

وهناك بعض الحالات التى تزول فيها الرابطة العقدية قبل التنفيذ، وهى تلك التى يتم فيها زوال العقد بالبطلان، أو إنحلال العقد الصحيح. هذا الانحلال قد يتم بناء على إرادة الأطراف، (الانهاء والتقايل)، وقد يتم كجزاء لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته (الفسخ)، وقد يتم بسبب القوة القاهرة (الانفساخ).

المطلب الأول

الانحلال الارادى للعقد

العقد تصرف إرادى ينشأ بإرادة المتعاقدين، ويجوز لهما الاتفاق على التحلل منه. ويجيز القانون، فى بعض الحالات، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

(أ) إنهاء العقد بالإرادة المنفردة:

إن مقتضى القوة الملزمة للعقد أنه لا يجوز تعديله أو إنهائه إلا بالاتفاق أو للأسباب وعلى النحو الذى يقرره القانون. ولا يجوز لأى من المتعاقدين التحلل من العقد بإرادته المنفردة[1]. وترد على هذا المبدأ عدة استثناءات:

١- يجوز الاتفاق فى العقد ذاته على أنه يجوز لأى من طرفيه أو لأحدهما التحلل من العقد بإرادته المنفردة. كما لو تم الاتفاق فى عقد الإيجار

---

(١) فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة لاتفاق المتعاقدين أو بصدور حكم به ولا يبرر لأحدهما فى الانفراد بالفسخ قوله بقيام أسباب هى فى نظره مبررة له. (الطعن رقم ٢١٧٨ سنة ٥١ ق – جلسة ١٩٨٩/١/١٩ س ٤٠ ع١ ص ٢٠٨).

على حق المؤجر فى إنهائه إذا احتاج إلى العين المؤجرة مثلاً، وحق المستأجر فى الإنهاء بمجرد إخطار المؤجر خلال مهلة محددة.

٢- يتم الاتفاق عند إبرام العقد، أحياناً، على أن يدفع أحد المتعاقدين عربوناً للآخر، وذلك كثمن للعدول، هنا يكون لكل من المتعاقدين حق العدول عن العقد مقابل خسارته قيمة العربون المتفق عليه، كما عرضنا من قبل[١].

٣- تقتضى طبيعة بعض العقود أن يخول القانون أحد طرفيها أو كليهما حق التحلل منها بالإرادة المنفردة. فمثلاً يجوز للواهب الرجوع فى الهبة متى استند إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع. يقع الرجوع بأثر رجعى، وتعتبر الهبة كأن لم تكن.

وعقد الوكالة يجوز لكل من الموكل والوكيل إنهاؤه فى أى وقت بإرادته المنفردة. وعقد العمل غير محدد المدة يجوز لكل من طرفيه إنهاؤه بالإرادة المنفردة. وعقد التأمين على الحياة يجوز للمستأمن إنهاؤه بإرادته المنفردة. وفى مثل هذه الحالات يكون التحلل من العقد بالنسبة للمستقبل ولا ينسحب إلى الماضى.

٤- يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدماً عند إبرام العقد على الشرط الصريح الفاسخ، ومؤداه أنه فى حالة الإخلال بالالتزام يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو صدور حكم قضائى بذلك. هنا يحق للدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة[٢].

٥- يجوز للمتعاقد فى أحوال الاستعجال، أن يعتبر العقد مفسوخاً دون إنتظار إجراءات الأعذار أو استصدار حكم بالفسخ، ففى مثل هذه الأحوال، التى يتحقق فيها الإخلال بالإلتزام، يكون إنتظار الحكم من شأنه أن يعرض الدائن لضرر لا يمكنه تداركه. مثال ذلك حالة إخلال العامل بالتزام جوهرى أو انقطاعه عن العمل بدون مبرر مشروع، هنا يقوم صاحب العمل بفسخ العقد،

---

(١) انظر ما سبق ص ١١٤.
(٢) أنظر ما يلى ص ٤١٢.

دون إنتظار صدور حكم بالفسخ، واستخدام عامل آخر محله حرصاً على مصلحة العمل. ويتخذ صاحب العمل القرار على مسئوليته حيث يخضع للرقابة القضائية اللاحقة. ومثال ذلك أيضاً إحداث بعض رواد السينما أو المسرح شغباً مما يخول المدير فسخ العقد معهم، لإخلالهم بالالتزام باحترام العرض، وإخراجهم من الصالة حرصا على عدم تعطيل العرض، حيث لا تحتمل الظروف إنتظار الإعذار وصدور الحكم القضائى بالفسخ[١].

(ب) **الاتفاق على نقض العقد (التقايل):**

أولا: يمكن أن يتفق الطرفان على نقض العقد أى التحلل منه، وهذا ما يسمى بالتقابل أو التفاسخ أى إتفاق المتعاقدين على أن يقبل كل منهما الآخر من العقد. يتم تراضى العاقدين على إزالة العقد بعد إبرامه.

والواقع أن التقايل عقد جديد يبرم بقصد إزالة عقد آخر سبق إبرامه بين نفس الأشخاص. ويترتب على ذلك زوال الالتزام المتولد من العقد الأول ولا يلتزم أى من المتعاقدين بتنفيذه، فالتقايل لا ينشئ التزام ولا يستهدف حوالته ولا يحمل معنى الجزاء الواقع على أحد المتعاقدين، كما هو الحال فى الفسخ الذى يتم كجزاء للاخلال بالتزام عقدى.

ثانيا: ويلزم للتقايل كعقد توافر الشروط اللازمة لصحة وانعقاد أى عقد من العقود. والأصل أن يتم الاتفاق على التقايل صراحة، إلا أن هذا الاتفاق يمكن أن يكون ضمنياً يستدل عليه من ظروف الحال بشرط أن تكون تلك الظروف قاطعة فى الدلالة على حصوله[٢]. وتقرر محكمة النقض بأن التقايل

---

(١) Malaurie et Aynes, les obligations, 2002, p. 430.

(٢) من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه ولئن كان الأصل فى العقد أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان إنفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقايل عنه، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنياً، وبحسب محكمة الموضوع إن هى قالت بالتقايل الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما إعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفى العقد فى هذا الصدد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد، ولا معقب على محكمة الموضوع إن هى ناقشت فى حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها أو قبولها. (الطعن رقم ٨٩٧ سنة ٤٩ ق – جلسة ١٩٨٣/١/٤ س ٣٤ ص ١١٣).

كما يكون بإيجاب وقبول صريحين. يصح بإيجاب وقبـول ضمنييـن بعـدم تنفيذ العقد. فقد استخلصت محكمة الموضوع أن عدم تنفيذ إيجار مزرعة لمدة طويلة يفيد التقايل(1).

وإستخلاص قيام الاتفاق الضمنى علـى التقـايل أمـر يدخـل فـى رحـاب الواقـع، ولقـاضى الموضـوع السلطة التقديريـة فـى الكشـف عنـه، طالمــا قــام إستخلاصه على أسباب سائغة. فيجب عليه أن يبين الظروف والوقـائع الكاشـفة عن تلاقى إرادة الطرفين على التقايل. ولذلك قضت بأنه يعتبر مـن قبيـل الفسـاد فى الاستدلال إستخلاص التفاسخ الضمنى رغم إستمرار تمسك الطرفين بـالعقد دون أن يدعى أحدهما حصول التفاسخ(2). فالاتفاق على زوال عقد بعد حصولـه لا يفترض ولا ينبغى التوسع فى تفسير ما يؤدى إليه.

ويلزم لحصول التقايل أن يكون فى مقدور الطرفين تحقيق الغايـة التـى يستهدفانها منه، وهى إزالة العقد وما يتبعه من إعادة طرفيه إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرامه. فإذا تعذر ذلك بطل التقايل لاستحالة محله. كما لو كنـا بصـدد بيع ثم هلك المبيع أو تلف أو تـم التصـرف فيـه للغير، هنـا يصـعب التقـايل فـى البيع، ما لم يتم الاتفاق على بديل آخر أو تسوية أخرى تضعنا أمام عقد مغاير.

وما دام التقـايل عقـد جديـد فإنـه يرتـب آثـاره مـن وقـت تمامـه بالنسـبة للمستقبل فقط. وقد يتفق الطرفان على التقايل بأثر رجعى، فالتفاسخ لا يكون لـه

(1) نقض ١٩٧٦/٣/٣ س ٢٧ ص ٥٤٦.

(2) التفاسخ والتقـايل كمـا يكون بإيجـاب وقبـول صـريحين يكـون أيضـاً بإيجـاب وقبـول ضمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هـى قـالت بالتفاسـخ الضمنـى أن تـورد مـن الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفى العقد وأن تبين كيـف تلاقـت هاتــان الإرادتــان علــى حـل العقـد. (الطعـن رقـم ٢٠٨٣ سـنة ٥٣ ق – جلســة ١٩٩٠/١/٢٩ س ٤١ ص ٢٩٠).
التقايل عن العقد صراحة أو ضمناً هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرهـا قـاضى الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسـباب سـائغة دون أن يكون ملزماً بالرد استقلالاً على أوجه دفاع الخصوم مـا دامـت الحقيقـة التـى اقتنع بها وأورد دليلها فيها الرد الضمنى على هذا الدفـاع. (الطعن رقـم ٤٤٩٧ سـنة ٦٢ ق – جلسة ١٩٩٤/١/٢٧).

أثر رجعى إلا إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا[1] الأثر، فالاتفاق على الإقالة بالنسبة للبيع يعنى إبرام عقد بيع جديد يتم الاتفاق فيه على أن يرد كل منهما للآخر ما حصل عليه بموجب العقد الأول. فنحن بصدد عقد جديد يتم الاتفاق فيه على ما يناقض العقد الأول. وإذا كان العقد الأول من عقود المدة فإن التقابل لا يسرى إلا بالنسبة للمستقبل.

وإذا تقرر التقايل بأثر رجعى فإن ذلك يقتصر على العاقدين والخلف العام لكل منهما ودائنيهما، أما بالنسبة للغير فيقتصر أثر التقايل على المستقبل فقط، منعا للإضرار بهم. فإذا كان المشترى قد رتب على العقار رهناً للغير، فإن العقار يعود إلى البائع مثقلاً بهذا الرهن. وإذا كنا بصدد اشتراط لمصلحة الغير، وتم التقايل بين المشترط والمتعهد، فإنه ينفذ فى مواجهة المستفيد طالما لم يكن قد أعلن قبوله للاشتراط، أما بعد القبول فإن التقايل لا ينتج أثره فى حق المنتفع فى الاستفادة من الاشتراط.

المطلب الثانى

فسخ العقد

(أ) مفهوم الفسخ

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفى العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه[2]. إذا لم يف المتعاقد بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن

---

(١) متى كان الطرفان قد تراضيا على إلغاء العقد فإن هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له أثر رجعى إلا إذا اتفقا على ترتيب هذا الأثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذى تفاسخا عنه. (الطعن رقم ٢٣٢ سنة ٣٣ ق – جلسة ١٩٩٩/٤/٧ س ١٧ ع ٢ ص ٨٢٥).

(٢) تنص المادة ١٥٧ مدنى على أنه :

١- فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض.

٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا إقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته.

يطلب حل الرابطة العقدية، كى يتحرر نهائياً من الالتزامات التى يفرضها العقد عليه. وهكذا فإن الفسخ يعتبر بمثابة جزاء على إخلال أحد العاقدين بالتزاماته(١).

إن تقصير المتعاقد فى تنفيذ التزاماته يترتب عليه، كقاعدة عامة، تخويل الطرف الآخر فى العقد، بشروط معينة، أحد خيارات أربعة: المطالبة بإجباره على التنفيذ العينى إن كان ممكناً، أو التنفيذ بمقابل execution par equivalent (عن طريق التعويض) إعمالاً لقواعد المسئولية العقدية، أو الامتناع عن التنفيذ (الدفع بعدم التنفيذ) أو طلب فسخ العقد(٢).

يفضل المتعاقد، أحيانا، اللجوء إلى الفسخ للتحرر من رابطة عقدية فاشلة بسبب تقاعس الطرف الآخر عن التنفيذ. فقد يتضرر المتعاقد الدائن من طول وعدم فعالية إجراءات التنفيذ العينى الجبرى Execution forcée أو التنفيذ بطريق التعويض، وقد لا يجدى معه أيضاً الدفع بعدم التنفيذ لأنه مجرد موقف سلبى فى مواجهة متعاقد سئ النية قد تطول مماطلته على نحو يسبب أضراراً للمتعاقد الآخر الذى يكون فى حاجة إلى إنجاز العقد، أضف إلى ذلك أن المتعاقد حسن النية قد يكون نفذ التزامه، فلا يكون هناك مجال لإعمال الدفع بعدم التنفيذ من جانبه.

إذا دفع المشترى الثمن وتقاعس البائع عن التسليم كان للمشترى طلب إلزامه بالتسليم إن كان ممكناً (التنفيذ العينى الجبرى) أو الحصول على تعويض (التنفيذ بمقابل)، وإذا لم يكن المشترى قد دفع الثمن فإنه يمتنع عن الدفع حتى يتسلم المبيع، وقد يفضل طلب فسخ البيع للتحرر من التزامه بدفع الثمن وشراء ما يلزمه عن طريق آخر. والبائع الذى لم يستوف الثمن قد لا يجديه الامتناع عن تسليم المبيع، بل يهمه فسخ البيع والبحث عن مشترى جديد يوفيه حقه.

---

(١) نقض ١٩٨٩/١/١٨ س ٤٠ ع ١ ص ٢٠١.

(٢) - Les sanctions de l'inexécution des abligations Contractuelles.
- Choix, option entre execution, resolution et dommeges et intérêts.

يتفق الفسخ مع البطلان فى زوال الرابطة العقدية، ويكمن الاختلاف بينهما فى الأساس والأحكام، فمكمن البطلان خلل فى ذات تكوين العقد، أما الفسخ فهو جزاء إخلال أحد العاقدين بالتزامه(١).

ويختلف الفسخ عن الإنهاء فى أن الأول يؤدى إلى زوال العقد بأثر رجعى، أما الثانى فيؤدى إلى زوال العقد بأثر فورى أى تزول القوة الملزمة للعقد ابتداء من تاريخ الإنهاء دون المساس بوجود العقد فى الماضى. ويبدو ذلك بوضوح فى حالات إنهاء العقد بالإرادة المنفردة كما رأينا.

وهناك عدة شروط عامة يتعين توافرها للحكم بالفسخ. ولا يقع الفسخ، كقاعدة عامة، إلا بحكم قضائى. ويجوز، مع ذلك، أن يتفق الأطراف مقدماً على أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا هو الفسخ التلقائى الاتفاقى أو الشرط الصريح الفاسخ. وقد ينص القانون على الفسخ التلقائى الاتفاقى أو الشرط الصريح الفاسخ. وقد ينص القانون على الفسخ التلقائى للعقد عن الإخلال بالتزام معين. وعلى ذلك نعرض لدراسة الفسخ من خلال بيان شروطه العامة، الفسخ القضائى، الشرط الصريح الفاسخ، آثار الفسخ.

الفرع الأول
شروط الفسخ

يشترط لإمكان وقوع الفسخ توافر شروط ثلاثة هى:

١ـ وجود عقد ملزم للجانبين:

طلب الفسخ حق مقرر لكل متعاقد عند تقاعس المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه. وهذا الحق ثابت فى كافة العقود الملزمة للجانبين Contrats synall

(١) Fages, le Comportement du Contractant, p. 425.

agmatiques[1]. ويعتبر العقد متضمناً لحق الفسخ ولو خلا من إشتراطه، فهو مفترض فى العقود التبادلية ومقرر لمصلحة الدائن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه[2].

فالقانون يخول كلاً من المتعاقدين الحق فى المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف العاقد الآخر بالتزامه، ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون، وهو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين. ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد منه إلا باتفاق صريح[3]. مؤدى ذلك أن نظام الفسخ لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على استبعاده، ويمكن أن يتم هذا الاتفاق عند إبرام العقد أو فى تاريخ لاحق، إلا أنه ينبغى إثبات ذلك ممن يدعيه على نحو قاطع لأنه يخالف الأصل الثابت بالقانون.

ويرد الفسخ على جميع العقود الملزمة للجانبين دون استثناء، سواء أكانت من العقود الفورية أم الزمنية، محددة المدة أو غير محددة المدة[4]. ويسرى الفسخ على عقد القسمة، وعقد الصلح. والعقود المدنية والعقود الإدارية، والعقود الاحتمالية الملزمة للجانبين بما فى ذلك عقد الإيراد المرتب مدى الحياة، وعقد العمل، والبيع بالممارسة أو بالمزاد العلنى جبريا كان أو إختيارياً.

---

(١) مشروع عقد البيع لا يعد ملزماً لأى من طرفيه. العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ. النعى على الحكم بأنه قضى برد المبلغ الوارد بهذا المشروع قبل القضاء بفسخه لا أساس له.
(الطعن رقم ٦٧٤ سنة ٤٠ ق – جلسة ١٩٧٥/١٢/٩ س ٢٦ ص ١٥٩٣).

(٢) نقض ١٩٨٥/٤/١٠ س ٣٦ ح ٢ ص ٥٩٤.

(٣) نقض ١٩٦٩/٢/١٣ س ٢٠ ص ٣٢٥.

(٤) نقض ١٩٨٩/١/١٨ س ٤٠ ح ١ ص ٢٠١.
حق كل متعاقد فى العقود الملزمة للجانبين فى طلب فسخ العقد أو إنفساخه إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا أصبح تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً. المادتان ١٥٧، ١٦٠ مدنى. إعتبار العقد متضمناً له ولو خلا من إشتراطه. عدم جواز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد منه إلا باتفاق صريح. سريان ذلك.

ولا يسرى الفسخ على العقود الملزمة لجانب واحد Contrats unilateraux لأنه إذا لم يقم الطرف الملتزم بتنفيذ التزامه، لا تكون هناك مصلحة للطرف الآخر فى أن يطلب الفسخ لأنه ليس عليه التزام يتحلل منه بالفسخ، بل تقتضى مصلحته أن يطلب تنفيذ العقد[1]. ففى عقد الهبة إذا امتنع الواهب عن تسليم الشئ الموهوب، فإن طلب الفسخ لا يفيد الموهوب له، والطريق المفيد هو المطالبة قضاء بالتنفيذ.

٢ـ إخلال المتعاقد بالتزامه:

يجب لإمكان طلب الفسخ أن يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه[2]. ويعتبر المدين مخلاً بالتزامه إذا لم يقم بالتنفيذ المطلوب فى الموعد المحدد لذلك، أو يعلن صراحة، قبل حلول الأجل، عن نيته فى عدم تنفيذ الالتزام[3]. وكذلك الحال إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين. يتمثل عدم الوفاء بالالتزام الناشئ عن العقد إما فى عدم التنفيذ الكلى بالامتناع عن القيام بما يوجبه العقد أو بعدم التنفيذ الجزئى سواء بتنفيذ جزء من الالتزام أو تنفيذه بطريقة معيبة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه، أو بالتأخير فى التنفيذ[4].

٣ـ وفاء طالب الفسخ بالتزامه:

يجب أن يكون المتعاقد الذى يطلب فسخ العقد قد نفذ التزامه أو مستعداً لتنفيذه، أما إن كان المتعاقد لم ينفذ التزامه، وغير مستعد لتنفيذه، فإنه يعد

---

(١) Mestre le juge et les Conditions de la resolution, R. T. D. C. 1987, p. 317.

(٢) ويجب أن يكون الإخلال راجعاً إلى خطأ المدين، أما إن إستحال التنفيذ لسبب اجنبى لا يد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضى وينفسخ العقد بقوة القانون كما سنرى فى الفرع الثالث.

(٣) نقض ١٩٥٦/٥/٣١ س ٧ ص ٦٣١.

(٤) عبء تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته الموجبة لفسخ العقد يقع على عاتق من يدعيه فإن عجز أو تقاعس عن إثباته تعين رفض طلب الفسخ. (الطعن رقم ٧٥٠ سنة ٤١ ق – جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ س ٢٦ ص ١٧٤٦).

مقصراً، ولا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إستناداً إلى عدم تنفيذ المتعاقد معه لإلتزاماته[1].

الفرع الثانى

الفسخ القضائى

La résolution judiciaire

الأصل فى الفسخ أنه يتقرر بحكم القاضى، ومجرد توافر شروط الفسخ لا يكفى لحصوله، فلابد من إعذار المدين، وتظل فرصة من الخيار بين الفسخ والتنفيذ أمام كل من الدائن والمدين والقاضى، فوقوع الفسخ أمر جوازى لكل من الأطراف الثلاثة.

(أ) وجوب الإعذار:

يشترط القانون للحكم بالفسخ أن يكون الدائن قد قام بإعذار المدين المقصر فى تنفيذ التزامه طالبا إليه التنفيذ، وذلك لأن Demeure du débiteur

(١) يشترط أيضا أن يكون طالب التنفيذ مستعدا للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره، فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من الالتزام. (الطعن رقم ٤٨ سنة ٣٥ ق – جلسة ١٩٦٩/٤/٨ س ٢٠ ع ٢ ص ٥٧١).
الإخلال بالالتزام شرطه أن يكون تالياً لوجود العقد. مؤداه. بيع الطاعن نصف مساحة الأرض المبيعة للمطعون ضده فى تاريخ سابق على عقد الأخير لا يعد إخلالاً بالالتزام. قضاء الحكم المطعون فيه بالفسخ. خطأ (الطعن ١١٣١ س ٦٨ ق – جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٦).
ويشترط البعض أن يكون المتعاقد طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، أى أن يكون بمقدوره رد ما تسلمه نتيجة للعقد إلى الطرف الآخر، أما إذا استحال عليه ذلك، فلا يجاب إلى طلب الفسخ. فإذا كان المشترى قد تسلم جزءاً من المبيع واستهلكه أو تصرف فيه لشخص آخر، فلا يجوز لهذا المشترى طلب الفسخ إذا امتنع البائع عن تسليمه باقى المبيع، لأنه لن يستطيع رد الجزء المبيع الذى تسلمه، ولا يبقى أمامه سوى طلب تنفيذ ما بقى من العقد أو التعويض.
ولكن هذا الشرط لا مبرر له لأن الالتزام بالرد أمر تال لإيقاع الفسخ. ولقد واجه المشرع إحتمال استحالة إعادة الحال إلى ما كانت عليه بعد الفسخ، وذلك بنصه على الحكم بالتعويض كبديل لذلك، ومن ثم فإن استحالة الرد لا تمنع من طلب الفسخ، ويستوى أن تكون تلك الاستحالة راجعة إلى المدين أو الدائن.

الإعذار هو الذى يضع المدين موضع التقصير، إذ لا يعتبر المدين متخلفاً عن الوفاء إلا بعد الإعذار Mise en demeure.

والإعذار يكون بمطالبة المدين بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه، أى بدعوته إلى الوفاء بالالتزام وتسجيل التأخير فى تنفيذه. ولا يلزم فوق ذلك تهديد المدين بفسخ العقد فى حالة عدم وفائه بإلتزامه. ولا يتحقق الإعذار من مجرد أن يتضمن التهديد أو طلب الفسخ دون التكليف بالوفاء(١).

وتوجيه الإعذار ليس شرطاً من شروط قبول دعوى الفسخ، ولكنه شرط للحكم بالفسخ، ومن ثم لا يلزم توجيهه قبل رفع الدعوى، بل يكفى تحققه أثناء نظر الدعوى. ذلك أن إعلان صحيفة هذه الدعوى يعتبر إعذاراً للمدعى عليه بوجوب التنفيذ، بشرط أن تتضمن الصحيفة تكليف المدين بالوفاء(٢). ولا يلزم الإعذار فى الأحوال التى يعفى فيها الدائن من الأعذار، كما لو صرح المدين بعدم تنفيذ التزامه، أو أصبح التنفيذ غير ممكن وغير مجد بفعل المدين(٣).

وتبدو أهمية توجيه الأعذار قبل رفع الدعوى من ناحيتين: الأولى، قد يبادر المدعى عليه بالتنفيذ فور إعلانه بصحيفة الدعوى، وفى هذه الحالة سوف تكون النتيجة هى رفض دعوى الفسخ وتحميل طالب الفسخ مصاريفها. الثانية: يكون القاضى أقل إستجابة إلى طلب الفسخ، ومن باب أولى أقل استجابة لطلب الحكم بالتعويض مع الفسخ.

---

(١) نقض ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ص ١٠٢٨، ١٩٨٤/٤/٣ س ٣٥ ص ٦٤٠.

(٢) نقض ١٩٨٩/٤/١٨ س ٤٠ ح ١ ص ١٠١
إعذار المدين هو وضعه قانوناً فى حالة المتأخر فى تنفيذ التزامه، والأصل فى هذا الإعذار أن يكون بورقة رسمية من أوراق المحضرين يبين الدائن فيها أنه يطلب من المدين تنفيذ الالتزام، ومن ثم فلا يعد إعذار إعلان المشترى بصحيفة دعوى الفسخ لاخلاله بتنفيذ التزام من التزاماته إلا إذا اشتملت صحيفتها على تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام. (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ ع ١ ص ٣٨٩).

(٣) المقصود بالإعذار هو وضع المدين فى مركز الطرف المتأخر عن تنفيذ التزامه ومن ثم فلا موجب له وفقاً للمادة ٢٢٠ من القانون المدنى بعد أن أصبح تنفيذ الالتزام غير مجد بفعل الطاعن المدين (نقض ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ ع ١ ص ٧٣٥).

(ب) سلطة الدائن فى طلب الفسخ:

الفسخ مقرر لمصلحة الدائن الذى أخل مدينه بالتزامه. وهو حق ثابت لكل من طرفى العقد. ولا يقع الفسخ إلا بناء على طلب من شرع لمصلحته. فلا يستطيع القاضى أن يحكم بالفسخ إذا لم يُطلب ذلك منه المتعاقد الذى توافرت شروط الفسخ فى جانبه. وطلب الفسخ قد يكون صراحة، وقد يكون ضمنياً. مثال ذلك طلب المشترى الحكم له باسترداد ما عجله من ثمن وبراءة ذمته من السند المحرر بالباقى من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفى بالمبيع[1].

ويكفى لقبول دعوى الفسخ ثبوت تقصير المتعاقد فى تنفيذ التزامه، ولا يشترط إصابة طالب الفسخ بالضرر من جراء ذلك. فمن المقرر أنه يكفى توافر المصلحة القانونية لقبوله الدعوى. وتتحقق تلك المصلحة بمجرد الإخلال بالالتزام. ولا يلزم توافر المصلحة الاقتصادية المتمثلة فى وقوع الضرر أو ثبوت العائد المادى من وراء الفسخ[2].

ومن المقرر أن للدائن، عند إخلال المدين بالتزامه، الحق فى طلب التنفيذ العينى أو الفسخ. فطلب الفسخ أمر جوازى، بمعنى أن له الخيار بين طلب الفسخ أو التنفيذ، وله أن يعدل عن أى من الطلبين إلى الآخر بعد رفع الدعوى. ولا يعنى رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين النزول عن الطلب الآخر. يستطيع الدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بدلا من التمسك بالفسخ، ولا تعتبر المطالبة بالتنفيذ نزولا من الدائن عن حقه فى المطالبة بالفسخ[3]، حيث يظل الخيار مفتوحاً أمامه بين الفسخ والتنفيذ المتأخر، لأن التنفيذ هو المقتضى

---

(١) نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ س ١٧ ص ١٥٥٢

(٢) نقض ١٩٨٧/٦/١٤ س ٣٨ ج ٢ ص ٨٢٢

(٣) وفقا للقواعد العامة يسقط حق الدائن فى طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمناً. إذ كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه – برفض دعوى البائع بطلب الفسخ – أنه قد استخلص لأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمناً عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقى الثمن على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها، فإن مجادلة الطاعن فى ذلك لا تعدو أن تكون جدلاً موضوعياً فيما يستقل به قاضى الموضوع. نقض ١٩٧٥/٥/٢٥ س ٢٦ ص ١٠٧٢.

الطبيعى للعقد، أما الفسخ فهو إجراء احتياطى لتقوية حماية حق الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه.

ولكن لا يجوز للدائن الجمع بين طلب الفسخ والتنفيذ معاً. فالدائن يستطيع طلب التعويض عما حل به من ضرر نتيجة الفسخ، ولكن لا يمكنه الجمع بين الفسخ والتنفيذ. فالبائع الذى لم يستوف الثمن قد يفضل التنفيذ إن كان المشترى موسراً، ويفضل الفسخ فى حالة إعسار المشترى ولكن لا يجوز له طلب الوفاء بالثمن مع فسخ البيع، بل يمكنه طلب التعويض مع الفسخ[1].

(جـ) **سلطة المدين فى تجنب الفسخ:**

يستطيع المدين تجنب القضاء بالفسخ إذا قام بالوفاء بالتزامه قبل صدور حكم نهائى. ويجب أن يتم الوفاء المتأخر طبقاً للأوصاف وبذات الشروط المتفق عليها. ويمكن أن يتم الوفاء أمام محكمة الاستئناف، ما لم يتبين أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، ذلك أن للمدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد إنقضاء الأجل المحدد فى العقد، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائى فيها، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سئ النية، إذ محل ذلك يكون عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام. ولا يبقى أمام القاضى فى هذه الحالة إلا أن يقدر ما إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض عن التأخير فى الوفاء[2].

(د) **سلطة القاضى فى الحكم بالفسخ:**

لا يلتزم القاضى بالضرورة بإجابة طلب الفسخ لمجرد توافر الشروط التى وضعها القانون، بل يتمتع القاضى بسلطة تقديرية واسعة فى هذا الشأن، حيث يجوز له اختيار الحل المناسب وفقاً للظروف التى وقع فيها الإخلال بتنفيذ العقد. وتتراوح سلطة القاضى فى الخيار بين أمور ثلاثة:

---

(١) C. jamin, les Conditions de la resolution du Contrat, p. 451.

(٢) نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ س ٢١ ص ٩٠٨، ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ ص ٧٣٥.

١ ـ منح المدين أجلا للوفاء[١]: يستطيع القاضى أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، وذلك إذا اقتضت الظروف ذلك. كما لو كان المدين حسن النية ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب إمهاله بعض الوقت لإنجاز الالتزام. وتقدير الظروف التى تستدعى منح المدين أجلاً مسألة موضوعية تدخل ضمن سلطة القاضى التقديرية بغير معقب عليه من محكمة النقض، طالما قام تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى إلى حمل حكمه.

ولا يجوز الحكم بالفسخ إذا قام المدين بالوفاء فى غضون الأجل الممنوح له. وإذا لم يف المدين بالتزامه خلال الأجل، فإن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه، بل يظل قائماً، ويتمتع القاضى بسلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ[٢]، وقبول الوفاء المتأخر من المدين حتى صدور الحكم النهائى، ما لم يتبين أن هذا الوفاء يؤدى إلى الإضرار بالدائن، وفى جميع الحالات يجوز الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير فى التنفيذ.

٢ ـ رفض الحكم بالفسخ: يجوز للقاضى أن يرفض الحكم بالفسخ إذا كان ما لم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام فى جملته. هنا نكون بصدد تنفيذ جزئى للالتزام، أى أن تقصير المدين ليس على درجة من الجسامة تستأهل الحكم بالفسخ. ويكتفى القاضى بالحكم بالتعويض للدائن عن الضرر الذى لحق به بسبب عدم تنفيذ جزء من الالتزام أو التنفيذ المعيب له أو التأخير فى تنفيذه. ويستند التعويض فى هذه الحالة إلى قواعد المسئولية العقدية السابق عرضها.

وللقاضى سلطة تقديرية بصدد تحديد مدى جسامة الإخلال الجزئى بالالتزام، وهل يقتضى الحكم بالفسخ أم الاكتفاء بالتعويض، وللقاضى أن يأخذ فى اعتباره موقف الدائن وعما إذا كان قد تعنت فى قبول الوفاء من المدين أو معاونته فى ذلك. فإذا أبدى المتعاقد استعداده للتنفيذ إلا أن الطرف الآخر استمر

---

(١) Octroi d'un delai supplémentaire

(٢) نقض ١٩٧٢/١٠/٢٦ س ٢٣ ص ١٩٨٤/٥/٢٢ س ٣٥ ص ١٣٩٠، وانظر عكس ذلك القضاء السابق نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ س ١٨ ص ٨٥٩.

فى التهرب حتى يتوصل إلى التخلص من العقد بطلب فسخه، فإن للقاضى أن يرفض ذلك. وتلك مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقديرها دون معقب عليه من محكمة النقض، طالما جاء تقديره سائغا[1].

٣- الحكم بالفسخ: يستطيع القاضى الحكم بالفسخ إذا تبين له أن الظروف تبرره، كما لو تبين عدم جدوى الإبقاء على العقد، أو سوء نية المدين وتعمده عدم التنفيذ أو إهماله الجسيم فى ذلك بالرغم من إعذاره. ويتحقق ذلك فى حالة عدم التنفيذ الكامل للالتزام، أو عدم تنفيذ الجزء الأكبر منه، أو التنفيذ المعيب أو المتأخر للالتزام على نحو لا يحقق الغرض المقصود منه.

ويجوز للقاضى، إلى جانب الحكم بفسخ العقد ورد ما حصل عليه المدين[2]، الحكم بالتعويض عن الأضرار التى لحقت الدائن نتيجة لذلك الفسخ الراجع إلى تقصير المدين فى تنفيذ التزامه. ويتم التعويض طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية لأن الفسخ يؤدى إلى زوال العقد، ولا يطبق الشرط الجزائى الوارد فيه[3].

٤- تقادم دعوى الفسخ: لا تخضع تلك الدعوى للتقادم الثلاثى بل تتقادم، طبقاً للقواعد العامة، بخمس عشرة سنة[4].

---

(١) تقدير كفاية أسباب فسخ العقد أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر فى العقد أو نفى التقصير عنه. من أمور الواقع. استقلال محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع فى الدعوى. (الطعن رقم ١٣٥٢ لسنة ٦٠ ق – جلسة ١٩٩٦/٣/٣١).
دعوى فسخ العقد لسبب من أسباب الفسخ تقتصر فيها وظيفة المحكمة على بحث هذا السبب وحده، وقضاؤها برفض الدعوى لا يتعدى ذلك إلى القضاء ضمناً بصحة العقد وبالتالى لا يمنع من التمسك بسبب آخر من أسباب الفسخ سواء فى صورة دفع أو برفع دعوى فسخ جديدة، إذ لا يحوز الحكم النهائى برفض الفسخ قوة الأمر المقضى إلا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم. (الطعن رقم ١٤١٥١٠ سنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١ س ٣١ ص ٢٦٦).

(٢) حيث يترتب على الفسخ إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد كما سنرى.

(٣) نقض ١٩٧١/٣/٢٥ س ٢٢ ص ٤٠١

(٤) دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٨٧ من القانون المدنى، ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة وطالما يكون للدائن المشترى أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن، إذ لا يكون هذا مستحق الأداء وممكناً المطالبة به بعد تقرير الفسخ. الطعن رقم ٢٥٦ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١ س ٢٨ ص ٢١).

الفرع الثالث
الفسخ الاتفاقى
(الشرط الصريح الفاسخ)
Clause résolutoire expresse

يتمتع القاضى، عند إخلال المدين بالتزامه، بسلطة تقديرية واسعة فى إجابة طلب الفسخ أو رفضه. والأصل أن الفسخ لا يقع إلا بحكم المحكمة إذا توافرت شروطه، وهذا ما يطلق عليه الفسخ القضائى كما رأينا. لذلك يفضل المتعاقدان، تفادياً لتحكم القاضى، الاتفاق مقدماً على أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه أو بالتزام معين بالذات، وهذا هو الفسخ التلقائى الاتفاقى أو الشرط الصريح الفاسخ Clause résolutoire expresse. وقد ينص القانون على الفسخ التلقائى للعقد عند الإخلال بالتزام معين. ويترتب على وجود الشرط المذكور سلب السلطة التقديرية للقاضى[1]، ومع ذلك يلعب القاضى دوراً هاماً فى أعمال ذلك الشرط. ونعرض فيما يلى لصور الشرط، ثم نبين دور القاضى، ونختم ببيان موانع أعمال الشرط.

(أ) **صور الشرط الصريح الفاسخ:**

إن الاتفاق على الفسخ التلقائى للعقد بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه يطلق عليه الفسخ الاتفاقى أو الشرط الصريح الفاسخ [2]. يتنوع هذا الاتفاق، من حيث القوة، طبقا لمدى اشتراط الإنذار أو الحكم القضائى لوقوع الفسخ.

١- إذا اتفق الأطراف على فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، فإن ذلك لا يعنى الخروج على القواعد العامة، أى أن الاكتفاء بالنص فى العقد على الفسخ عند الإخلال بالالتزام لا يعد اتفاقاً على الشرط الصريح الفاسخ بل مجرد

---

(١) انظر مؤلفنا فى دور القاضى إزاء الشرط الصريح الفاسخ، الاسكندرية ١٩٩٤.

(٢) تنص المادة ١٥٨ مدنى على أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه.

تذكره وتأكيد للمبادئ العامة في الفسخ، ويظل للقاضي كل سلطاته في هذا الصدد. ويكون الحكم بالفسخ منشئاً له [1].

٢- يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه أو بمجرد الإخلال بالتزام معين. يمثل هذا الاتفاق الصورة البسيطة للشرط الصريح الفاسخ.

لا يغني الشرط في هذه الصورة عن ضرورة إعذار المدين، فالإعذار واجب ما لم يتفق الأطراف صراحة على عدم لزومه. ولا يقع الفسخ تلقائياً طالما لم يتم الإعذار. ولا يغني الشرط على هذا النحو عن اللجوء إلى القضاء، حيث ينبغي على الدائن رفع دعوى طلب الفسخ، ويتعين على المحكمة إجابة طلبه، وليس للقاضي سلطة تقديرية في صدد الفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه. وليس للقاضي العدول عن الحكم بالفسخ إلى الحكم بتنفيذ العقد ما لم يطلب الدائن ذلك، ولا يملك القاضي كذلك منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه. وحكم القاضي لا ينشئ الفسخ بل يكشف عنه، أي أن القاضي لا ينطق بالفسخ ولكنه يقرر وقوعه[2].

٣- يتفق المتعاقدان على أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم. ويقتصر دور القاضي على التحقق من الإخلال بالالتزام إذا نازع المدين في ذلك، فإذا تبين له ذلك قضى بوقوع الفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك. ويكون الحكم الصادر مقرراً للفسخ لا منشئاً له، حيث ينصرف إلى الوقت الذي تحقق فيه الشرط، ولا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من الدائن، وله أن يعتبر العقد مفسوخاً عند عدم الوفاء بالالتزام دون استصدار حكم من القضاء بذلك. وللمحكمة أن تقرر أن الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من الدائن أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المدين.

---

(١) إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا إستناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح في العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرراً له. (الطعن رقم ٣٦٦ سنة ٣٥ ق – جلسة ١٩٦٩/٧/٣ س ٢٠ ع ٢ ص ١١١٨).

(٢) Cadou, justice privée et procedures Collectives, R. T. D. Com. 2000.

ولكن يشترط لوقوع الفسخ، فى هذه الحالة، إعذار المدين، حيث لم يتم الاتفاق على استبعاده، ويظل للمدين توقى الفسخ بتنفيذ التزامه طالما لم يتم الاعذار حيث يظل العقد قائماً ولو كان هناك إخلال بالإلتزام، وللمدين كذلك الوفاء بالتزامه عقب الإعذار مباشرة أو خلال المهلة التى قد يتضمنها الإعذار. وللمدين توقى الفسخ بالوفاء بالتزامه فى بداية رفع الدعوى المرفوعة عليه بالفسخ دون أن يسبقها إعذار، فإذا أبطأ فى ذلك اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار[1]، وتعين على القاضى الحكم بوقوع الفسخ، ولا يستطيع منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه، حيث يكون العقد قد انفسخ أعمالاً للشرط الصريح الفاسخ بمجرد تحقق شروطه.

٤- يتفق الطرفان على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار. يبلغ الاتفاق على الفسخ، فى هذه الصورة، أقصى درجة من القوة، حيث يقع الفسخ بمجرد الإخلال بالالتزام دون حاجة إلى إعذار المدين أو رفع دعوى لاستصدار حكم بذلك[2].

وإذا لزم تدخل القاضى بسبب منازعة المدين فى واقعة الإخلال بالإلتزام، اقتصر دور القاضى على التحقق من توافر شروط الفسخ، ويتعين عليه الحكم به متى تثبت من توافر تلك الشروط، ويكون الحكم الصادر مقرراً للفسخ لا منشأً له[3]. ولا يجوز للقاضى منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه، حيث

---

(١) الإعفاء من الإعذار فى الفسخ الاتفاقى وجوب الاتفاق عليه صراحة. مؤداه: تضمن العقد شرطاً باعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حكم قضائى لا يعفى الدائن من الإعذار قبل رفع دعوى الفسخ عدم وجود تعارض بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بالفسخ. إعتبار الإعذار شرط لرفع الدعوى لوضع المدين موضع المتأخر فى تنفيذ التزامه لا يفيد من ذلك إعتبار مجرد رفع الدعوى بالفسخ إعذاراً. وجوب اشتمال صحيفتها على تكليف المدين بالوفاء بالتزامه. (الطعن ٤٨٩٩ س ٦٨ ق – جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧).

(٢) المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يتعين للقول بتوافر الشرط الفاسخ الصريح أن يكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه لمجرد حصول المخالفة الموجبة له. (الطعن رقم ٧٢ سنة ٥٥ ق – جلسة ١٩٨٨/٥/١١ س ٣٩ ص ٩٤٤).

(٣) وتبدو أهمية ذلك فى حالة إشهار إفلاس المدين بعد حلول أجل دينه. فإذا تسلم المشترى المبيع مثلاً دون دفع ثمنه رغم حلول أجله قبل شهر إفلاسه، وكان هناك شرط يقضى بالفسخ عند عدم دفع الثمن دون حاجة إلى حكم قضائى أو إعذار، فإن=

ينبغى اعتبار العقد غير قائم، وليس للمدين توقى الفسخ بالوفاء بالتزامه، فالوفاء اللاحق لا يعيد للعقد وجوده. وينبغى إعمال آثار الفسخ كاملة حتى ولو قام المدين الوفاء بجزء من الالتزام، فالفسخ يقع فى حالة الإخلال الجزئى بالإلتزام المتفق على الشرط الصريح الفاسخ كجزاء له.

٥- ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بناء على نص فى القانون، حيث أورد المشرع حكماً خاصاً فى حالة بيع المنقول[١]. فإذا اتفق الطرفان فى عقد بيع المنقول على موعد لدفع الثمن وتسلم المبيع، فإن ذلك يكون بمثابة إتفاق على وجود الشرط الصريح الفاسخ فى العقد يترتب عليه فسخ البيع تلقائيا دون حاجة إلى إعذار المشترى وإلى حكم قضائى، إذا إختار البائع ذلك فى حالة عدم دفع المشترى للثمن فى الميعاد، فالبيع ينفسخ من تلقاء نفسه بمجرد التأخر عن دفع الثمن، ويستطيع البائع، الذى غالباً ما يكون تاجراً، التصرف فى المبيع مرة ثانية لمشترى جديد، مع حقه فى الرجوع بالتعويض على المشترى وفقا للقواعد العامة[٢].

(ب) دور القاضى فى التحقق من قيام الشرط وأعماله:

١- يقوم القاضى بالتحقق من الاتفاق على وجود الشرط الصريح الفاسخ فى العقد من خلال البحث عن النية المشتركة للطرفين. فعلى القاضى أن يتأكد من أن اتفاق الأطراف يرمى بوضوح إلى إستبعاد السلطة التقديرية للقاضى عند الإخلال بالالتزام الناشئ عن العقد. ويجب على المحكمة أن تتحرى طبيعة ونوع الشرط الصريح الفاسخ.

٢- إذا تحقق القاضى من وجود الشرط الصريح الفاسخ بالعقد، تعين عليه إعماله، أى تقرير وقوع الفسخ عند توافر شروطه. وعلى القاضى، عند منازعة المدين، أن يتأكد من توافر شروط أعمال الشرط الصريح الفاسخ، أى

= الفسخ يقع بمجرد عدم الوفاء بالثمن، ويترتب على ذلك عودة المبيع إلى ملكية البائع منذ ذلك التاريخ، ومن ثم فإن شهر إفلاس المشترى اللاحق لذلك لا يحول دون استرداد البائع للمبيع.

(١) م ٤٦١ مدنى.

(٢) Paulin, les Clauses résolutoire, p. 329.

من واقعة الإخلال بالإلتزام مناط الشرط، وعما إذا كان من اللازم صدور حكم قضائى بالفسخ أو إعذار المدين والتحقق من إتمام ذلك، ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله، كما لو تبين أن الدائن قد أسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه، أو كان عدم التنفيذ راجعا إلى ظروف طارئة، أو كان هناك نص قانونى آمر يحول دون وقوع الفسخ ويمنع بالتالى إعمال الشرط الصريح الفاسخ طبقاً لما هو متفق عليه(١).

يتضح من ذلك أن الشرط الصريح الفاسخ لا يؤدى إلى استبعاد دور القاضى كلية، بل إلى تغيير طبيعة هذا الدور وتوقيته. ففى الفسخ القضائى يتدخل القاضى بداية ليحكم بالفسخ بعد التأكد من عدم الوفاء وعدم جدوى الإبقاء على العقد، أما فى حالة الشرط الصريح الفاسخ فإن الفسخ يقع تلقائياً ويقتصر دور القاضى لا ليحكم بالفسخ بل ليتأكد من صحة وقوعه، فدوره يأتى بعد حدوث الفسخ لا قبله.

(جـ) موانع أعمال الشرط الفاسخ:

هناك بعض الظروف الخارجية التى تحول دون إعمال الشرط، تلك الظروف قد تكون ذات طبيعة إرادية، وقد تكون ذات طبيعة قانونية.

أولاً: تتمثل الظروف الخارجية ذات الطبيعة الإرادية فى:

---

(١) الاتفاق على إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ. مناطه. تحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله. سلطة القاضى فى التثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ومراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله. وجوب تجاوزه عنه عند إسقاط الدائن حقه فيه بقبول الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة الفسخ فلا يبقى للأخير سوى التمسك بالفسخ القضائى المنصوص عليه بالمادة ١٥٧ مدنى .. (الطعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ ق- جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠).

١ـ تنازل الدائن عن طلب الفسخ أو سقوط خياره في ذلك، يستطيع الدائن النزول صراحة عن الحق في الفسخ سواء في العقد أو في تصرف لاحق أو حتى شفاهة. ويمكن إستنتاج النزول الضمني من سكوت الدائن عن التمسك بالفسخ. وقبول الدائن للوفاء المتأخر يعد تنازلاً عن الشرط الصريح الفاسخ(١). ويستطيع الدائن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بدلاً من التمسك بالفسخ(٢).

٢ـ إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحاً(٣)، أى أن خطأ الدائن هنا يعد مانعاً من موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث لا يمكن إعمال الفسخ في حال سوء نية الدائن المتسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين حسن النية لالتزاماته. ومن أمثلة خطأ الدائن إتلاف أو هلاك الشئ الذى يلتزم المدين بتسليمه، أو تزويد المدين ببيانات غير صحيحة توقعه في التنفيذ الخاطئ للالتزام، أو عدم انتقاله إلى موطن المدين لتحصيل الدين.

٣ـ يعتبر الامتناع المشروع للمدين عن تنفيذ التزامه مانعاً من موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث أن مناط إعمال الشرط المذكور هو تخلف المدين عن الوفاء بغير حق، أما إن كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه فإنه لا يجوز إعمال الشرط. فإذا كان الدائن طالب الفسخ هو الذى أخل بالتزامه فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد بحجة عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما في ذمته من التزام.

---

(١) الطعن ٧٩٥ س ٦٣ ق – جلسة ٢٠٠٠/٥/٩
التأخير في رفع دعوى الفسخ. عدم اعتباره في حد ذاته دليلاً على التنازل عن طلب الفسخ طالما خلت الأوراق من دليل قاطع على قيام ذلك التنازل (الطعن ٣٨٥٩ س ٦٩ ق – جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٤).

(٢) تحقق الشرط الصريح الفاسخ لا يؤدى إلى انفساخ العقد ما دام لم يتمسك بأعماله صاحب المصلحة فيه. (الطعن رقم ١٣٥٧ سنة ٤٩ ق – جلسة ١٩٨٣/٥/٣١ س ٣٤ ص ١٣٤٦).

(٣) المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب على القاضى التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ولا يبقى للدائن سوى الفسخ القضائى طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى. (الطعن رقم ١٦١٦ سنة ٦٠ ق – جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠ س ٤١ ص ٩٧٤).

٤- لا يحكم القاضى بالفسخ إذا انتفى خطأ المدين أى كان حسن النية كما لو كان مرد عدم التنفيذ هو السبب الأجنبى المتمثل فى القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير[1].

ثانياً: موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ ذات الطبيعة القانونية:

يبيح المشرع للأطراف حرية الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ فيما بينهم، إلا أنه يوقف إعمال ذلك الشرط أو يقيده فى بعض الحالات التى يتعارض فيها مع الأحكام الآمرة التى ينص عليها تحقيقاً لسياسة محددة أو تنفيذاً لأهداف معينة. ومثال ذلك:

إذا حلت بعد إبرام العقد ظروف استثنائية عامة ليس فى الوسع توقعها، وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً جاز للقاضى، تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلح الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أى أن تخلف المدين عن تنفيذ التزامه فى مثل هذه الظروف لا يؤدى إلى فسخ العقد حتى ولو تضمن شرطاً صريحاً فاسخا وعلى القاضى التدخل فقط لتعديل العقد[2].

الفرع الرابع
آثار الفسخ

(أ) **زوال العقد بأثر رجعى**:

إذا ما تقرر فسخ العقد بحكم من القضاء أو بالإرادة المنفردة، ترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن على الرغم من أنه سبق أن نشأ صحيحاً ومتمتعاً بالقوة الملزمة. فالفسخ يقع بأثر رجعى rétroactivité de la résolution، ولا يقتصر على المستقبل، وإنما يعود إلى تاريخ إبرام العقد. فيعتبر العقد كأن لم يكن، ويستتبع ذلك إزالة كل أثر ترتب عليه، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التى

(١) Ghestin, les effets du Contrat, p. 435.

(٢) م ١٤٧ مدنى، انظر ما سبق ص ١٩٢.

كانا عليها قبل العقد[١]. ويقتضى ذلك أن يرد كل متعاقد إلى الآخر ما حصل عليه من أداء وفقاً للعقد أى يسترد كل طرف ما قدمه للآخر. ويجوز استرداد ما دفع بغير حق لأن الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام زال سببه بعد أن تحقق[٢].

ففى عقد البيع يترتب على الفسخ عودة العين المبيعة إلى البائع، واسترداد المشترى ما دفعه من الثمن، ويكون ذلك بذات العملة المسددة، بالإضافة على الفوائد من تاريخ قيد صحيفة دعوى الفسخ[٣]. ويجوز لكل من المتعاقدين حبس ما استوفاه حتى يسترد ماله فى ذمة الطرف الآخر، ويجوز إجراء المناقصة[٤].

(ب) استثناء الأثر الرجعى للفسخ:

١- يجوز للمتعاقدين الاتفاق على استبعاد الأثر الرجعى للفسخ، ذلك أن آثار الفسخ لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها جملة بالنزول عن الفسخ، أو تفصيلاً بالإبقاء على بعض شروط العقد بالرغم من فسخه. فإذا حصل اتفاق من هذا القبيل فإن الفسخ لا ينتج أثره إلا فى حدود هذا الاتفاق. مثال ذلك اتفاق الأطراف على بقاء الشرط الجزائى المنصوص عليه

---

(١) من المقرر أن ما يلزم كل طرف من أطراف العقد المفسوخ يرده إلى الآخر فى هذه الحالة إنما هو عين ما أعطى لا ما يقابله ما دام ذلك غير مستحيل. (الطعن رقم ٤٤٥٦ سنة ٦١ ق – جلسة ١٩٩٢/٧/١٩).

(٢) مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدنى أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدمه للآخر. ويقوم استرداد الطرف الذى نفذ التزامه أى ما سدده من مبالغ فى هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذى أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدنى بنصها على أنه يصبح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام قد زال مسببه بعد أن تحقق، لما كان ذلك وكانت المادة ٣/١٨٥ من القانون المدنى تلزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ ألزم الطاعن بالفوائد اعتباراً من تاريخ قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون.
نقض ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ ص ٧٣٥.

(٣) نفس الحكم.

(٤) نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ س ١٩ ص ١٢٣٤. وتطبق أحكام الالتصاق على المنشآت التى يقيمها المشترى على المبيع قبل الفسخ. نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ س ٢ ص ١٣٤٥.

فى العقد كتقدير للتعويض فى حالة عدم التنفيذ، وإعمال هذا الشرط رغم فسخ العقد، باعتباره شرطاً مستقلاً عن العقد. ويجوز الاتفاق على أن الفسخ لا ينتج أثره إلا بالنسبة للمستقبل دون المساس بما تم تنفيذه من العقد فى الماضى.

٢- بنص المشرع، أحياناً، على استثناء بعض شروط العقد وإعمالها استقلالاً رغم زوال العقد بالفسخ أو بالبطلان. مثال ذلك شرط التحكيم الذى اعتبره المشرع، طبقاً لما هو مستقر فى المعاملات المالية الدولية، اتفاقا مستقلاً، سواء ورد فى صلب العقد أو فى ورقة مستقلة، عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته(١).

٣- لا يطبق الأثر الرجعى للفسخ على العقود الزمنية كعقد الإيجار وعقد العمل، سواء كانت محددة المدة أو غير محددة المدة أو دورية التنفيذ كعقد التوريد، فالفسخ يقتصر أثره على المستقبل ابتداء من تاريخ تقريره. بحيث يعتبر العقد موجوداً فى الفترة ما بين انعقاده وفسخه.

وتعبر محكمة النقض عن ذلك بقولها: من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر الدورى التنفيذ، كالإيجار إنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعى لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه، والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه. فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء فى تنفيذه، فإن آثار العقد التى أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة عملياً، ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض، ولا يفسخ العقد إلا من وقت الحكم النهائى الصادر بالفسخ لا قبله، ويعتبر الفسخ هنا بمثابة إلغاء للعقد(٢).

---

(١) م ٢٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

(٢) Contrats de durée, Contrats à executin successive ou à prestations successives
نقض ١٩٧٩/٢/٨ س ٣٠ ص ٤٩١.
الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية (غير محددة المدة) ويترتب على الحكم به إنحلال العقد وإعتباره كأن لم يكن، غير أن الأثر الرجعى للفسخ لا ينسحب على الماضى إلا فى العقود الفورية أما فى غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها.
نقض ١٩٨٩/٣/٦ س ٤٠ ص ٧٣٥

٤- إذا استحال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، جاز للقاضى الحكم بالتعويض. أى أنه من يستحيل عليه رد ما حصل عليه يحكم عليه بتعويض معادل restitution en valeur لما كان يجب عليه رده[1].

فلو أن المبيع هلك فى يد المشترى أو تصرف فيه للغير ثم فسخ البيع، حكم القاضى عليه بتعويض يعادل قيمة المبيع وقت الهلاك. والتعويض قد يكون كلياً فى حالة الهلاك الكلى، وقد يكون جزئياً فى حالة الهلاك الجزئى.

٥- يجوز للدائن المطالب بالفسخ، بالإضافة إلى استرداد ما أداه restitution en nature أن يطلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب تقصير المدين فى الوفاء بالتزامه وما أدى إليه ذلك من فسخ العقد. ففسخ البيع بسبب عدم الوفاء بالثمن قد يؤدى إلى الإضرار بالبائع إذا ما كان سعر المبيع بالسوق قد انخفض عن وقت تمام البيع، كالسيارات أو الآلات مثلا. هنا يمكن الحكم للبائع بتعويض عما لحقه من ضرر بسبب إنخفاض سعر السوق، وعما يخسره من الثمن عند إعادة البيع.

ولا يستند التعويض، فى هذه الحالة، إلى المسئولية العقدية بعد أن تم فسخ العقد، وإنما يستند إلى المسئولية التقصيرية. وإذا طلب الدائن التنفيذ جاز له أن يطلب العوض على أساس المسئولية العقدية عن الأضرار التى لحقته بسبب إخلال المدين بالتزامه[2].

(جـ) أثر الفسخ بالنسبة للغير:

أولا: القاعدة أن أثر الفسخ يمتد إلى الغير، فالعقد الذى تقرر فسخه يزول كل أثر له فيما بين المتعاقدين، ويتأثر بذلك الغير الذى تلقى حقاً من أحد المتعاقدين على الشئ الذى ورد عليه العقد، حيث تزول الحقوق التى يكون الغير قد تلقاها من أحد المتعاقدين قبل الفسخ.

---

(١) تنص المادة ١٦٠ مدنى على أنه: إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال هذا جاز الحكم بالتعويض.

(٢) Y. M. Serinet, l'effet rétroactif de la résolution pour in execution, p. 590.

فإذا إشترى شخص عيناً ثم باعها، وحكم بعد ذلك بفسخ البيع الأول، فإن البائع يسترد العين من المشترى الثانى. وبالمثل إذا كان المشترى قد رتب على العين حقاً للغير كرهن أو ارتفاق، فإن البائع يسترد العين خالية من مثل هذا الحق. فالفسخ يؤدى إلى زوال حق المشترى وحق من انتقلت إليه الملكية منه أو من رتب المشترى لمصلحته حقاً من الحقوق، فيسترد البائع العين غير محملة بأى حق للغير.

ثانيا: ولكن اعتبارات حسن النية واستقرار المعاملات أدت إلى وضع عدة قواعد لتوفير الحماية اللازمة للغير، وذلك بالإبقاء على الحقوق التى تكون قد ترتب له على الشئ الذى يرد إلى صاحبه الأصلى بمقتضى الأثر الرجعى للفسخ، ويستطيع الغير التمسك بحقه فى مواجهة صاحب العين:

١- تنفذ فى مواجهة المتعاقدين أعمال الإدارة التى يجريها أحدهما على الشئ قبل الحكم بالفسخ. فالقاعدة هى بقاء أعمال الإدارة الصادرة من المالك، الذى تقرر فسخ سند ملكيته، لصالح من تعامل معه بحسن نية. فإذا كسب الغير حقا يتعلق بالشئ الذى ورد عليه العقد الذى فسخ، وذلك بمقتضى عقد من عقود الإدارة، فإن حقه يبقى بالرغم من الفسخ، ولكن يجب أن يكون الغير حسن النية لا يعلم وقت التعاقد بما يهدد سند المتعاقد معه من أسباب الفسخ، فإذا كان المشترى الذى فسخ عقده قد أجر الشئ الذى إشتراه، فإن الإيجار يظل قائماً لمصلحة المستأجر إذا كان حسن النية.

٢- توفر قواعد الحيازة حماية للغير حسن النية. فإذا كان الشئ محل التعامل منقولاً وتسلمه الغير بحسن نية استناداً إلى سبب صحيح كعقد بيع مثلا، فإنه يستطيع التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز، ويكتسب ملكية المنقول بالحيازة، ويمتنع عن رد هذا المنقول إلى مالكه الأصلى. فالمشترى الحائز يستطيع أن يتمسك بالقاعدة المذكورة فى مواجهة البائع الأصلى وتكون الحيازة سبب ملكيته. وإذا كان محل التعامل عقاراً كان للمشترى من المشترى أن يتمسك بالتقادم الخمسى لاكتساب ملكية هذا العقار أو الحق العينى الذى تقرر له عليه.

٣- يترتب على تسجيل دعوى الفسخ أن حق المدعى إذا ما تقرر بحكم مؤشر به طبقاً للقانون، فإنه يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل هذه الدعاوى أو التأشير بالحكم الصادر بها. مؤدى ذلك أن الغير حسن النية إذا ما إكتسب حقا عينيا عقاريا قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بالحكم الصادر بها، فإن هذا الحق يظل قائما لا يؤثر فيه الفسخ.

فإذا كان المشترى قد باع العقار الذى اشتراه لمشتر جديد حسن النية قام بتسجيل عقده قبل تسجيل دعوى الفسخ التى رفعها البائع الأول، أو التأشير بها على هامش تسجيل البيع، فإن صدور الحكم بالفسخ بعد ذلك لا يؤثر على حقوق المشترى الثانى، فيظل العقار ملكاً له، ولا يسرى عليه حكم الفسخ. ونفس الحكم إذا قام المشترى برهن العقار لدائن حسن النية ثم تقرر فسخ العقد الذى اشترى به، فإن الرهن يبقى قائماً لمصلحة الدائن المذكور رغم الفسخ وما يترتب عليه من عودة الشئ المرهون إلى البائع(١).

المطلب الثالث
إنفساخ العقد

رأينا أن الفسخ حق مقرر للمتعاقد فى العقد الملزم للجانبين فى حالة إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته. فالفسخ جزاء مقرر لمواجهة تقصير المتعاقد فى الوفاء بالتزامه.

وإذا استحال على المدين تنفيذ التزامه بسبب خطئه، أى كان هو السبب فى الاستحالة، فإن ذمته لا تبرأ، حيث يتحول التزامه بالتنفيذ العينى إلى التنفيذ بمقابل أى بدفع مبلغ من التعويض للدائن، كمن يلتزم بتسليم بضاعة ثم يتسبب بإهماله فى هلاكها. فإذا استحال على المتعاقد أن ينفذ التزامه، ولم يستطع إثبات أن هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه، حكم عليه بالتعويض لعدم

(١) ويلاحظ أن المادة ١٠٣٤ مدنى تتضمن حكماً خاصاً لحماية الدائن المرتهن رهناً رسمياً إذ تقضى ببقاء حق المرتهن، رغم إبطال سند ملكية الراهن أو فسخه أو الرجوع فيه، إذا كان المرتهن حسن النية وقت إبرام العقد.

الوفاء بالتزامه، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية العقدية. ويستطيع المتعاقد أن يطلب الفسخ بدلاً من التنفيذ بمقابل (التعويض)، وهنا يتعين على القاضى الحكم بالفسخ لأن التنفيذ العينى أصبح مستحيلاً[(١)]. ويكون الحكم منشئاً للفسخ لأن العقد تم فسخه بحكم القاضى.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبى ليس للمدين يد فيه، فإن الالتزام ينقضى، ويزول الالتزام المقابل عن الطرف الآخر، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بقوة القانون، دون حاجة إلى إعذار، وبدون الحكم بالتعويض[(٢)].

ونعرض لشروط الانفساخ، ثم نبين آثاره.

(أ) **شروط الانفساخ:**

يلزم لوقوع الانفساخ توافر الشروط الآتية:

١- يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً أى غير ممكن. والاستحالة المقصودة هى الاستحالة الموضوعية المطلقة التى تتعلق بالالتزام فى ذاته، كتهدم المنزل المبيع بسبب الزلزال. ولا يعتد بالاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه، كسوء حالته المالية التى تعجزه عن الوفاء بالتزامه.

ويجب أن تكون الاستحالة دائمة، أى يصبح أداء الالتزام غير ممكن أصلاً وبصفة دائمة، فلا يكفى تعذر الأداء لفترة مؤقتة، فالاستحالة تؤدى إلى وقف العقد بحيث يستأنف سريانه بعد زوال الاستحالة. مثال ذلك صدور قرار بوقف استيراد سلعة لفترة مؤقتة، هنا يقف التزام المستورد بالتوريد خلال تلك الفترة فقط[(٣)].

---

(١) Dely, les clauses mettant fin aux Contrats internationaux, RDAI, 1997, p. 801.

(٢) Dissolution du Contrat par force majeure
تنص المادة ١٥٩ مدنى على أنه: فى العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.
الفسخ القانونى يقع عند إنقضاء الالتزام على أثر إستحالة تنفيذه، فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له. (نقض ١٩٨٠/١٢/٢٢ س ٢١ ص ٢٠٨٢).

(٣) القوة القاهرة التى ينفسخ بها العقود – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هى التى تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً إستحالة مطلقة لسبب أجنبى عن المدين مما مؤداه أنه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعاً مؤقتاً من التنفيذ فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الالتزام فى الفترة التى قام فيها الحادث إذا ما زال الحادث حتى عاد للالتزام قوته فى التنفيذ. (الطعن رقم ٨٦٥ سنة ٥٣ ق – جلسة ١٩٩١/١/٣٠ س ٤٢ ص ٣٣٦).

٢- يجب أن تقع الاستحالة بعد إبرام العقد، فإذا كانت الاستحالة موجودة وقت قيام العقد، فإن هذا العقد لا ينعقد أصلاً، أى يقع باطلاً لاستحالة محله. كمن يشترى حصاناً للسباق ثم يتضح وفاته قبل إتمام العقد، إما أن حدثت الوفاة لسبب أجنبى بعد التعاقد، فإن العقد ينفسخ.

٣- يجب أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة. فالاستحالة الكلية هى التى تؤدى إلى انفساخ العقد. أما إذا كنا بصدد استحالة جزئية فى التنفيذ، فإن المدين لا يعفى إلا فى حدود الاستحالة. كما لو هلك جزء من المنزل المبيع بسبب حريق لا يد للبائع فيه. وكما لو أصبح تنفيذ أحد الإلتزامات مستحيلاً دون باقى الالتزامات. كما لو باع فنان منزله وتعهد بتسليمه بعد رسم لوحة فنية على أحد جدرانه إلا أنه عجز عن ذلك بسبب مرضه.

وأثر الاستحالة الجزئية يختلف بحسب الأحوال، فقد تؤدى إلى إنفساخ العقد كله إذا كان من شأنها التأثير على الهدف المقصود من التعاقد وقد يبقى العقد مع إنقاصه أى تنفيذه فى حدود ما بقى ممكناً، إذا كان الجزء المتبقى يحقق المصلحة والفائدة المرجوة للدائن من العقد. فهلاك جزء من المصنع قد يؤدى إلى انفساخ العقد، وقد يؤدى إلى إنقاصه بحسب تأثير الجزء الهالك.

٤- يجب أن ترجع الاستحالة لسبب أجنبى ليس للمدين يد فيه ويتمثل السبب الأجنبى فى القوة القاهرة أى الحدث الذى لا يمكن توقعه أو دفعه أو تفاديه[1]. وتلك مسألة تختلف باختلاف الظروف، كالزلزال والأعاصير والحروب.

---

(١) يشترط فى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (السبب الأجنبى) الذى يترتب عليه استحالة التنفيذ وينقضى به الالتزام – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه. وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو من سلطة محكمة الموضوع بشرط أن تلتزم الأسس القانونية وأن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفى لحمله. (الطعن رقم ١٥٢٩ سنة ٤٩ ق – جلسة ١٩٨٣/٥/٢٥ س ٣٤ ص ١٣١١).

والاستحالة قد تكون مادية، كهلاك الشئ[1] على أثر قوة قاهرة، كموت الحيوان الواجب التسليم أو سرقة السيارة أو تهدم المنزل في الزلزال، أو إحتراق المحصول بسبب الصواعق. وكذلك مرض المدين بالتزام بعمل، كالعجز الذى يصاب به الفنان الذى تعهد بإحياء حفلة، والعجز الذى يلحق الطبيب الذى تعهد بإجراء جراحه.

وقد تكون الاستحالة قانونية[2] مرجعها صدور قانون أو قرار إدارى يحول دون تنفيذ الالتزام، كنزع ملكية المبيع للمنفعة العامة أو صدور قرار بمنع استيراد سلعة معينة أو منع الاستيراد من دولة محددة، حيث يؤثر ذلك على الالتزام باستيراد بضاعة من تلك الدولة.

ويجب ألا يكون للمدين يد فى استحالة التنفيذ، فإذا كانت تلك الاستحالة قد نشأت بسبب فعل المدين. فإن العقد لا ينفسخ، ويظل الالتزام قائماً، ويتم تنفيذه بمقابل (التعويض) لاستحالة تنفيذه عيناً. كما لو تراخى المدين فى تسليم المبيع، رغم إعذاره، حتى هلك بقوة قاهرة. فقد قضى بمسئولية البائع عن إستحالة تنفيذ عقد البيع لأن تلك الاستحالة قد وقعت بعد تكليف المشترى للبائع رسمياً بالوفاء بالتزامه. ويسأل المدين إذا كانت الاستحالة راجعة إلى أعمال تابعية. كما لو تم إحتجاز السيارة التى تنقل البضاعة بسبب وضع السائق لبعض الأشياء الممنوعة بداخلها.

(ب) **أثر الانفساخ**:

١- إذا توافرت شروط الانفساخ فإن الالتزام ينقضى، وينقضى الالتزام المقابل، وينفسخ العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه، دون حاجة إلى إعذار المدين، ومن غير حاجة إلى صدور حكم قضائى بذلك. وإذا ثار النزاع حول

---

(١) هلاك العين المؤجرة كلياً. أثره. إنفساخ عقد الإيجار من تلقاء نفسه. م ٥٦٩/ ١ مدنى. (الطعن رقم ٢٦٤٤ لسنة ٦٢ ق – جلسة ١٩٩٦/٣/١٣).

(٢) صدور حكم جنائى بغلق المقهى محل النزاع لعدم الحصول على ترخيص بإدارته لا يعتبر هلاكاً كلياً للعين المؤجرة. إقامة الحكم المطعون فيه قضاءه بالإخلاء والتسليم على سند من أن الغلق لعدم الحصول على ترخيص بإدارة المقهى هلاكاً كلياً ينفسخ معه عقد الإيجار. خطأ، (الطعن رقم ٢٦٤٤ لسنة ٦٢ ق – جلسة ١٩٩٦/٣/٣١).

حدوث الاستحالة ورفع الأمر إلى القضاء وقرر قيام الاستحالة وانفساخ العقد، فإن حكمه لا يكون منشئاً للفسخ وإنما يكون مقرراً لحصوله منذ وقت حدوث الاستحالة.

٢- يترتب على الانفساخ نفس آثار الفسخ، فيزول كل أثر للعقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير مع التحفظات السابق ذكرها.

فالعقد المنحل يعتبر كأن لم يكن بما يستلزمه ذلك من إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، وما قد يستوجبه ذلك من الالتزام بالرد. فإذا هلك المبيع بقوة قاهرة إنفسخ البيع والتزم المشترى برد الثمن.

٣- لا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالتعويض، لأن عدم تنفيذ الالتزام مرجعه سبب أجنبى لا يد للمدين فيه.

٤- يؤدى انقضاء العقد، كقاعدة عامة، إلى زوال الالتزامات الناشئة عنه، إلا أن هناك بعض الالتزامات التى تظل سارية وواجبة النفاذ رغم الانفساخ، ويرجع ذلك إما إلى نص القانون أو الاتفاق.

ففى عقد العمل الذى ينفسخ بسبب استحالة تنفيذه عند إصابة العامل بعجز، يظل التزام العامل بالمحافظة على سرية العمل، والالتزام بعدم المنافسة قائماً بحكم القانون.

وقد يتفق الطرفان بالإبقاء على بعض الالتزامات بالرغم من إنفساخ العقد، كتعهد الفنان بعدم العمل لدى منتج آخر خلال مدة معينة من زوال عقده مع المنتج الحالى لأى سبب من الأسباب، وتعهد الشركة المنتجة بعدم تسويق بضاعتها فى منطقة معينة حتى لو تم فسخ العقد لأى سبب مع المتعاقد.

٥- يثور التساؤل عمن يتحمل تبعة الاستحالة.

إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد، فإن الدائن هو الذى يتحمل تبعة الاستحالة، لأن حقه الناشئ عن العقد سينقضى بإنقضاء التزام المدين، وليس فى ذمة الدائن التزام يتحلل منه مقابل تحلل المدين من التزامه، كما لو هلك الشئ الموهوب بقوة قاهرة قبل تسليمه، فإن عقد الهبة ينحل بقوة القانون، وإذا

هلكت الوديعة بدون أجر عند المودع لديه بسبب أجنبى فاستحال عليه ردها، تحمل الدائن (المودع) تبعة هذا الهلاك.

وإذا كان العقد ملزماً للجانبين، وإنقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى، فإن تبعة هذه الاستحالة تقع على عاتق المدين بهذا الالتزام[1]، لأنه لا يستطيع مطالبة المتعاقد الآخر بالالتزام المقابل، ومن ثم فإن الخسارة الناشئة عن إنحلال العقد تقع عليه فى النهاية. فإذا هلك المبيع بسبب أجنبى قبل تسليمه، فإن التزام بالتسليم ينقضى، وينقضى تبعاً لذلك التزام المشترى بدفع الثمن، وينفسخ البيع. فالبائع يتحمل خسارة فقد المبيع وليس له الحصول على الثمن، أما المشترى وهو الدائن بالالتزام بالتسليم فلم يخسر شيئاً لأنه لن يدفع الثمن، ويمكنه إسترداده إذا كان قد دفعه[2].

---

(١) يترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، ويتحمل تبعة الاستحالة فى هذه الحالة المدين بالالتزام الذى إستحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين. (الطعن رقم ٢٥٦ سنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/١/١١ س ٢٨ ص ٢١١).

(٢) ويحرص أطراف العقد الدولى على تنظيم تصفيته.
Clause de liquidation du Contrat.

الباب الخامس

منازعات العقد الدولى

نعرض فى هذا الباب لكل من القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص (التحكيم) بنظر تلك المنازعات.

الفصل الأول

قانون العقد الدولى

يستقر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فى كافة النظم القانونية المعاصرة، حيث يتمتع الأفراد بحرية تنظيم عقودهم، واختيار القانون الذى يحكم تلك العقود إذا اتسمت بالطابع الدولى، وهذا هو مبدأ قانون الإرادة lex voluntatis فى العقود الدولية، أى الاعتراف لأطراف العقد بحق إختيار وتحديد القانون واجب التطبيق على عقدهم. ولقد إستقر هذا المبدأ فى القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

وإختيار الأطراف للقانون الحاكم للعقد يمكن أن يتمثل فى قانون وطنى أو قانون التجارة الدولية أو المعاهدات الدولية أو المبادئ العامة للقانون أو تضمين العقد كافة الأحكام والحلول للمنازعات المتوقعة، وهذا ما يطلق عليه الإرادة الشارعة أو مبدأ الكفاية الذاتية للعقد.

والواقع أن الأمر يتوقف كثيراً على القضاء المختص بنظر منازعات العقد، فطرح النزاع على القضاء الوطنى يقود إلى إسناد العقد لنظام قانونى وطنى، فى حين أن عرض النزاع على قضاء التحكيم يؤدى، غالباً، إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون وقانون التجارة الدولية. وهذا هو الاتجاه السائد فى العقود الدولية[1].

وبادئ ذى بدء فإن إستقراء الواقع المعاصر للعقود الدولية يكشف عن أمرين غاية فى الأهمية:

أولاً: لا يكاد يخلو عقد من شرط الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، بل إن ذلك الأمر يشكل جل إهتمام المتعاقدين عند الإبرام ويشغل حيزاً كبيراً من المفاوضات الدائرة بينهم.

---

(١) Fifoot, Law of Contract, 2002, p. 411.

ثانياً: النفور الشديد والابتعاد الكامل، سواء عن القضاء أو القوانين الوطنية، وهيمنة التحكيم وقانون التجارة الدولية والمبادئ العامة للقانون فى هذا الشأن.

ونعرض، على التوالى، للفروض المختلفة فى هذا الشأن.

المبحث الأول

إسناد العقد الدولى لنظام قانونى وطنى

يتم إسناد العقد لنظام قانونى وطنى عن طريق الاتفاق الصريح أو الضمنى للأفراد، أو عن طريق القاضى عند غياب مثل هذا الاتفاق(1).

(أ) التعيين الصريح للقانون الوطنى:

يتفق أطراف العقد الدولى أحياناً، على خضوعه للقانون الوطنى لدولة معينة، أى إسناد العقد لنظام قانونى وطنى وفقاً لضوابط الإسناد المقررة فى قانون القاضى(2).

يعرب الأفراد بوضوح وبإرادة صريحة Volonté expresse عن إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو ما يطلق عليه شرط الاختصاص التشريعى Clause de la Compétence legislative. ويحرص الأطراف على ذلك دائماً لأن الأمر يمثل بالنسبة لهم أهمية قصوى، بالإضافة إلى شرط الاختصاص القضائى Clause de la Compétence judiciaire.

ويتمتع الأطراف بحرية كاملة فى إختيار قانون عقدهم، ويلتزم القاضى باحترام هذا الاختيار طالما لا يخالف النظام العام، ويلتزم المحكم بتطبيق القانون المختار، ولا يمكنه إستبعاده تحت ستار فكرة النظام العام، لأنه ليس له نظام عام بالمعنى التقليدى للقانون الدولى الخاص.

---

(1) Treitel, The law of Contract, p. 825.

(2) ومن أمثلته نص المادة ٨٧ من قانون التجارة على أن:
١- تختص المحاكم المصرية بالفصل فى المنازعات التى تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجرى فى مصر وفقاً لأحكام القانون المصرى.
٢- وفى جميع الأحوال يكون الفصل فى موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصرى وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلا.

ويكشف العمل على أن القانون المختار يكون ذات صلة بالعقد بأى وجه من الوجوه، وغالباً ما يكون، بالنسبة لعقود التنمية الاقتصادية، قانون الدولة المتعاقدة تكريماً لها وتعبيراً عن سيادتها.

ويتم إختيار القانون، عادة، عند إبرام العقد، حيث يتم تضمينه بنداً يحدد فيه القانون واجب التطبيق، ولكن ليس هناك ما يمنع من بيان ذلك بعد إبرام العقد فى إتفاق مستقل، بل ويمكن تغيير الاختيار السابق بالاتفاق على قانون آخر يتماشى مع ظروف العقد ومقتضياته المستجدة(١).

ويذهب الاتجاه الغالب إلى إمكانية تجزئة العقد الدولى وإخضاعه لأكثر من قانون، حيث يمكن للأطراف تعيين قانون ينطبق على كل أو جزء من العقد(٢)، فالأهلية تخضع للقانون الشخصى للمتعاقدين، ويخضع الشكل لقانون بلد الإبرام، وتخضع الالتزامات لقانون محل التنفيذ، هذا مع وجوب مراعاة القواعد ذات التطبيق الضرورى أو ما يسمى بقوانين البوليس العقدى الخاصة بقانون القاضى المختص بنظر النزاع.

(ب) التعيين الضمنى للقانون الوطنى:

عند تخلف التحديد الصريح لقانون العقد، فإنه يتعين البحث عن الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة بشرط وجود قرائن قوية تدل على وجود هذه الإرادة التى تنبئ عن وجود نية inention أو إختيار ضمنى choix implicite لقانون العقد.

ويجب على القاضى إنزال حكم القانون الذى تشير إليه القرائن والأدلة على العقد. واستخلاص الإرادة الضمنية Volonté implicite للأطراف بشأن قانون العقد يعد من مسائل الواقع التى يتمتع قاضى الموضوع فيها بسلطة

(١) Cheishire, Law of Contract, 1996, P. 545.

(٢) اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ والمادة ١/٢٧ مدنى من القانون الالمانى.

Lagarde, Le dépeçage dans le droit international privé des Contrats, R. D. I. P. 1975, p. 645.

تقديرية كاملة دون الخضوع لرقابة محكمة النقض طالما بنى إستنتاجه على أسباب سائغة.

ولعل أهم القرائن والظروف والملابسات التى يمكن للقاضى الاستناد إليها لاستخلال النية الضمنية للأطراف بخصوص قانون العقد؛ الاتفاق على الاختصاص القضائى لدولة معينة يعنى ضمناً إختيار قانونها، ومكان الوفاء أو محل التنفيذ، وتبنى صيغة عقد نمطى معمول به طبقاً لقانون دولة معينة(١).

(جـ) التعيين القضائى للقانون الوطنى:

عند غياب الاختيار الصريح أو الضمنى لقانون العقد، فإن القاضى أو المحكم يقوم بهذا التحديد بمناسبة طرح النزاع أمامه.

وهنا يتأثر الاختصاص التشريعى بالاختصاص القضائى بدرجة كبيرة، حيث يكشف الواقع العملى على أن طرح النزاع على القضاء الوطنى يقود إلى إسناد العقد لنظام قانونى وطنى وفقاً لضوابط الاسناد المقررة فى قانون القاضى، أما عرض النزاع على قضاة التحكيم فيقود، غالباً، إلى إستبعاد أى نظام قانونى وطنى وإسناد العقد إلى نظام قانونى مستقل.

من المقرر أن القاضى لا يبحث عن الإرادة المفترضة للأطراف Volonté présumée ou hypothétique لأنها غير موجودة، فلا يعقل أن يتخيل القاضى القانون الذى كان سيختاره الأطراف إذا انتبهوا إلى ذلك.

يتعين على القاضى البحث عن القانون الذى يرتبط به العقد إرتباطاً وثيقاً وتطبيق أحكامه، يقوم القاضى بتحليل جميع العناصر القانونية والواقعية للعملية التعاقدية لمعرفة القانون الذى ترتبط به على نحو قاطع، حيث يتم توطين أو تركيز العقد localisation فى دولة معينة، وتطبيق قانون البلد الذى به أكثر الروابط وثوقاً، وذلك من خلال فكرة الأداء المميز prestation Carctérstique فى العقد، حيث يتم إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد على ضوء مكان الوفاء بالالتزام الأساسى أو الهام فيه، أو محل إقامة الشخص

(١) Dicey, Morris, The Conflict of law, 2000, p. 85.

الملتزم بهذا الوفاء، ولعل من أهم المعايير المتبعة فى التشريعات والقضاء هو إختيار قانون بلد تنفيذ الإلتزام الأساسى فى العقد أو مكان إبرامه(١).

(د) خضوع شكل العقد لقانون محل الإبرام:

إن خضوع العقد لقانون محل الإبرام lex loci actus من القواعد المستقرة فى القانون الدولى الخاص منذ أمد بعيد، وبصفة خاصة فيما يتعلق بالشكل، حيث يمكن إفراغ العقد فى الشكل المقرر فى قانون بلد الإبرام، هنا يكون العقد صحيحاً شكلاً، ويتعين الاعتراف بذلك فى كافة الدول الأخرى. وتتفق هذه القاعدة مع الاعتبارات العملية والتيسير على المتعاقدين، لذا فرضت نفسها على كافة النظم القانونية.

وتلك القاعدة ذات طبيعة مكملة حيث يمكن للأطراف الخروج عليها، ويجوز لهم الخيار بين إبرام العقد طبقاً للشكل المقرر فى دولة محل الإبرام أو الشكل المقرر فى قانون آخر أى قانون الإرادة، ومن ثم يكفى أن يكون العقد قد استوفى الشكل الذى يتطلبه أى قانون ليكون صحيحاً من الناحية الشكلية، ولو قضى قانون محل الإبرام ببطلانه، طالما إنعدم الغش نحو القانون(٢). وباستثناء شكل العقود المتعلقة بالعقارات، والمحررات الرسمية التى تستدعى تدخل موظف عام حيث يلتزم باتباع أحكام قانون دولته دون أى قانون آخر.

والمقصود بالشكل هو كل ما يلزم من إجراءات modalites لتحقيق الوضع الشكلى المطلوب للعقد، مثل المحررات المكتوبة ومضمونها وطبيعتها الرسمية أو العرفية، وما إذا كانت الكتابة أو الإجراء لازم لانعقاد التصرف أم لإثباته، بالإضافة إلى إجراءات الشهر والعلانية formes de publicité.

(هـ) الثبات التشريعى أو تجميد قانون العقد فى الزمان:

يقبل الطرف الأجنبى، أحياناً، القانون الوطنى للمتعاقد معه لحكم العقد، وخاصة فى عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية المبرمة بين الشركات والدول،

---

(١) H. Batiffol, Contrats et Convention, R. dr. int., T. 1, 1968, p. 563.

(٢) Furmston, Law of Contract, 2004, p. 342.

من باب الترضية له. ولكن هذا الاختيار يكون محفوفا بالمخاطر، حيث قد تعمد الدولة إلى إجراء بعض التعديلات والتغييرات فى القانون على نحو يؤثر فى التوازن العقدى بينها وبين الطرف الأجنبى، أو يخول الدولة الحق فى إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

وشروط الثبات التشريعى Clause de stabilité legislative ترمى إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، على الحالة التى كان عليها وقت الإبرام، أى عدم سريان أية تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطنى على العقد.

وتحاول الشركات الأجنبية فرض هذه الشروط فى ذلك النوع من العقود، فهى من الأمور المعتادة فيها usuelles، ويندر وجوده فى عقود التجارة الدولية العادية. والهدف من هذه الشروط هو تحجيم دور القانون الوطنى للدولة المتعاقدة كقانون حاكم للعقد، ومنعها من تعديل العقد بإراداتها المنفردة، وتحقيق الأمان القانونى للمتعاقد وحمايته من الخضوع لأية تشريعات أو تعديلات جديدة تؤثر فى توازن واستقرار الرابطة التعاقدية وتوقعات الأطراف.

ويمكن تصنيف هذه الشروط إلى نوعين:

الأول: شروط تعاقدية أو إتفاقية Clauses Conventionnelles يتم النص عليها فى العقد صراحة، وتقضى بأن العقد يخضع للقانون الواجب التطبيق بأحكامه وقواعده الموجودة وقت الإبرام أو التنفيذ، وعدم الاعتداد بأى تعديل لاحق يطرأ عليها ويطلق على ذلك شروط عدم النفاذ Clause d'inopposibilité ويترتب على ذلك تجميد قانون العقد فى الزمان La Pértification de la loi du Contrat dans le temps.

الثانى: الشروط التشريعية Clauses legislatives وتتمثل فى نصوص ترد فى صلب قانون الدولة المتعاقدة مع الشركة الأجنبية تتعهد فيها الدولة بعدم تعديل أو إلغاء قانونها الواجب التطبيق على العقد.

وتتفاوت شروط الثبات التشريعى من حيث المضمون، فقد تكون عامة ترمى إلى عدم سريان كافة التشريعات الجديدة على العقد، أو خاصة ببعض التشريعات كالجمارك والضرائب. وقد يستثنى من الحظر العاملين فى المشروع، وحالة ما إذا كان القانون الجديد أصلح للمستثمر.

ورغم اللجوء إلى هذه الشروط إلا أنها أثارت الكثير من الجدل فى ساحات القضاء وكتب الفقه حول طبيعتها وفعاليتها(1)، حيث لا يمكن منع الدولة صاحبة السيادة من تعديل قانونها وسريانه بما يتفق ومصالحها واحتياجاتها المتطورة، لذا ظهرت البدائل المتمثلة فى حق الطرف الأجنبى فى التعويض المناسب عند تغيير التشريع أو تضمين العقد شروطاً خاصة يلتزم الأطراف بمقتضاها بإجراء المفاوضات اللازمة لمواءمة العقد وتعديله عند تغير الظروف المحيطة به، ويطلق عليها شروط: adaptation أو Hardship السابق التعرض لها. وقد يتم إدماج قانون العقد فيه.

(و) إندماج قانون العقد فيه:

حاول الأطراف الوصول إلى الغاية المرجوة من شروط الثبات التشريعى بوسيلة أخرى وهى إدماج القانون فى العقد L'incorporation de la loi au Contrat، وبالتالى يتم تجميد القانون الحاكم للعقد لحظة إبرامه أو تنفيذه، ولا يعتد بالتعديلات الجديدة التى تطرأ على هذا القانون.

وتتمثل تلك الطريقة فى إدماج القانون المختار لحكم العقد فيه، ويصبح بذلك مجرد شرط تعاقدى شأنه فى ذلك شأن باقى بنود العقد، ويفقد صفته كقانون أو قاعدة نظامية تعبر عن إرادة المشرع، فالقانون هنا ينصهر فى العقد، ويصبح بمثابة حكم فيه، وكأنه من صنع الأطراف المتعاقدة، فاستناداً إلى ما يتمتعون به من إستقلال الإرادة وحريتها، يمكنهم إستعارة ما يشاءون من قواعد القانون الوطنى الملائمة لتنظيم العقد وإدماجها فيه. ويفلت العقد الدولى بذلك من

(1) Ph. Khan, Contrats d'etat et nationalisation, .. Clunet 1982, p. 845. Esa Paasivita, Inernationalization and stablisation of Contracts Versus state Sovereignty, B. Y. B. I. L. 1990, p. 315.
David, Les Clauses de stabilité ...Clunet 1986, p. 79.

تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف لأنه فقد صفته القاعدية Caractére normative الملزمة كقانون وإندمج فى العقد كشرط أو حكم فيه.

ويتم الإدماج عادة عن طريق تبنى قواعد القانون المختار لحكم العقد وإعادة الصياغة المادية لها ضمن بنوده، وقد يتم فقط عن طريق الإحالة إلى قواعد ذلك القانون، تلافياً لاثقال شروط العقد.

والادماج كما رأينا يؤدى إلى تجميد القانون فى الزمان بحيث لا يسرى على العقد سوى الأحكام القائمة وقت الإبرام دون التعديلات اللاحقة، ويتيح للأطراف إختيار أى قانون لحكم العقد ولو لم يكن بينه وبين العقد أية صلة، بل ويمكنهم إنتقاء ما يشاءون من أحكامه وإستبعاد ما لا يرغبون فيه من قواعده حتى ولو كانت آمره، ويتمتع الأطراف، بذلك، بحرية عدم إخضاع العقد لأى قانون، ويكون العقد الدولى طليقاً Contrat sans loi إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة فى كامل قوته(١).

ولكن هذه النظرية لم تحظ بالقبول لأنها تقوم على تجاهل القانون المختار لحكم العقد، وما يتضمنه من قواعد آمره، وأهميته لحماية مصالح المتعاقدين، وتكملة النقص فى أحكام العقد(٢).

ولا شك فى وجاهة هذه الانتقادات إذا تم الادماج عن طريق الإحالة إلى قواعد القانون المختار، وكان القضاء الوطنى هو المختص بنظر النزاع، فمن الصعب على القاضى، فى هذه الحالة، أن يأتمر بأوامر أطراف العقد ويجرد القانون من قوته الملزمة، بل سيعمل على تطبيقه، إعمالاً لقاعدة الاسناد، ويخضع العقد للقانون، والاعتراف بكافة الآثار المترتبة على ذلك، حتى ما كان منها متعلقاً ببطلان الرابطة العقدية أو أحد شروطها.

ولكن الأمر يختلف بالتأكيد، ولا تجد هذه الانتقادات ما يبررها إذا تم الإدماج عن طريق إعادة الصياغة المادية لقواعد القانون المختار ضمن بنود

---

(١) Trousset, L'incorporation de la loi dans le Contrat, D. I. p. 1994.

(٢) Herbots, L'insertion dans le Contrat de dispositions d'un Contrat determine, R. int. D. Comp. 1980, p. 209.

العقود، وكان قضاء التحكيم هو المختص بنظر النزاع، هنا لا تثور مشكلة الإسناد إلى قانون وطنى، بل يتعلق الأمر بمجرد شروط تعاقدية يتولى المحكم تطبيقها بغض النظر عن مصدرها[١]، ويكون العقد قانون المتعاقدين، وهذا ما يطلق عليه نظرية الكفاية الذاتية للعقد التى نعرض لها.

(١) Cheishire, Law of Contract, 1996, p.545.

المبحث الثانى
العقد قانون المتعاقدين دولياً
(القانون الذاتى للعقد أو الكفاية الذاتية له)

(أ) مضمون النظرية:

إن الشروط والأحكام التى يتفق عليها الأطراف ويضعونها فى العقد هى نظام قانونى جديد من خلق الإرادة، هذا النظام هو القانون الذى يحكم العقد. فإرادة الأطراف تتولى وضع الاشتراطات اللازمة والكافية للتنظيم الذاتى لرابطتهم العقدية. إن هذه الاشتراطات تعد بمثابة قواعد قانونية فردية norms juridiques individuelles كفيلة بأن تنظم على نحو شامل وكامل كافة العلاقات بين الأطراف المتعاقدة.

فالعقد يخلق القانون الذاتى له ويخضع لأحكامه، أى أن العقد قانون المتعاقدين. وتلك هى نظرية الكفاية الذاتية للعقد الدولى Théorie d'auto suffisance du Contrat international أو العقود المنظمة ذاتياً Self regulatory Contracts، دون حاجة للرجوع إلى أية قوانين. يقوم الأطراف بوضع الحد الأقصى من الأحكام الفنية والتجارية والقانونية والشروط الخاصة بتنظيم العلاقة أثناء المفاوضات، وتضمين العقد كافة الحلول لكل المسائل التى يمكن أن تثور بينهم. والاجتهاد فى تحرير العقد مع التطرق إلى أقصى التفصيلات. إن مثل هذا الكمال فى التنظيم التعاقدى يغنى الأطراف عن الحاجة إلى أى قانون آخر. إن الشروط التعاقدية تشكل قانوناً خاصاً lex privata يكفى لحكم كل جوانب العقد دون حاجة إلى قانون المشرع [1].

---

(١) A vedross, quasi – International Agreements and International Economic Transactions, Year Book of World Affaires, 1964, p. 230.
V. Ranouil, L'autonomie de la Volonté, naissance et evolution d'un Concept, 1980, p.129.

(ب) أساس النظرية:

تستند هذه النظرية إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين Pacta sunt servanda وأن الاتفاقات المبرمة على نحو صحيح تعد بمثابة قانون للأطراف. والمرجع فى كل ذلك هو الفكر التقليدى القائم على مبدأ السلطان المطلق للإرادة، وقدرتها على إنشاء عقد بلا قانون Contrat sans loi، فالحقوق توجد قبل القانون وإستقلالاً عنه، ويقتصر دوره على تقريرها وحمايتها وليس إنشائها.

وعاد هذا الفكر من جديد أكثر إزدهاراً فى عصرنا الراهن أمام إتساع سياسة العولمة وحرية السوق والخصخصة وإنعكاسات ذلك على عقود التجارة الدولية ونمو قضاء التحكيم بعيداً عن النظم القانونية الوطنية.

فالعقد، طبقاً لهذه النظرية، نظام قانونى متكامل يستمد وجوده وكفايته منه ذاته دون حاجة إلى الاستناد إلى قانون معين، ويقتصر دور القانون على حماية هذا العقد وتأكيد قوته الملزمة[(1)].

(جـ) أهمية الصياغة لتحقيق الكفاية الذاتية للعقد:

إن الكفاية الذاتية للعقد لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال صياغة جيدة له. فالعقد الدولى إذا جاء مفصلاً ومحبوكاً فى صياغته الفنية والقانونية يغنى القاضى أو المحكم عن الاستعانة بقواعد قانونية خارجية.

إن إعداد العقد أشبه بعملية تشريعية متكاملة تتضمن بالتفصيل ملامح المراكز القانونية لأطرافه والحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم، فالعقود الدولية الحديثة تنطوى على كثير من التعقيدات الفنية والمركبة، وتتطلب بالتالى التفصيل الكامل والوافى الذى قد تعجز القوانين الوطنية عن مواجهته، وينبغى، بصفة خاصة، مواجهة نتائج تقصير الأطراف، أى فروض الإخلال

(١) Y. Loussouarn, Principaux Courants du droit inter. Privé à l'epoque actuelle, La Haye, p.215.

بالالتزامات التعاقدية والجزاءات المترتبة عليها. إن بنود وأحكام العقد تكفى بذاتها لمواجهة أى نزاع محتمل بين الأطراف دون حاجة إلى قانون معين.

ويقتضى الأمر قدراً كبيراً من التأنى والخبرة والدقة عند إعداد العقد وصياغته كما عرضنا من قبل. إن الكمال فى التنظيم التعاقدى هو سبيل الوصول للغايات المرجوة، وعامل إستقرار وأمان للأطراف من حدوث أى مفاجآت بصدد النزاعات المحتملة. لذا يجب على المتعاقدين الانتباه والحيطة بتضمين العقد الحلول الملائمة لكافة المسائل التى يمكن أن تثور مستقبلاً عند التنفيذ.

ولا شك أن مشقة تحرير العقد توفر الراحة للأطراف فى المستقبل، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الصياغة الهادئة والبسيطة والمحددة، والبعد عن الأفكار الغامضة والمصطلحات المعقدة والعبارات العامة مثل المبادئ العامة للقانون والقواعد المشتركة بين العقود، حيث تحتمل أكثر من معنى وتثير الجدل حول تفسيرها ومضمونها(١).

(د) دور العقود النمطية فى تحقيق الكفاية الذاتية:

العقود النمطية أو الموذجية Contrats types عبارة عن صيغ معدة ومطبوعة formulas preétablies متداولة فى كافة مجالات التجارة الدولية، تضم الشروط العامة والعادات المستقرة التى يجرى التعامل بها على صعيد تبادل السلع والخدمات بصورها المختلفة.

تلعب تلك العقود دوراً هاماً فى المعاملات الدولية، حيث تيسر على المتعاملين إبرام العقد دون مشقة أو عناء، وتوفر الكثير من الوقت والنفقات، لأنها تتضمن الأحكام التفصيلية لكل عقد من كل الجوانب من خلال د اكم الخبرات والتجارب السابقة المتراكمة، ومن ثم فهى تواجه بيان الحقوق والالتزامات وكيفية الوفاء بها، وضمانات وظروف التنفيذ، والجزاءات والحلول، وتأثير القوة القاهرة على العقد وشروطها وآثارها.

(١) Uncitral, legal Guid on international Countretrade Transactions, 1993, p. 47.

ويكشف الواقع العملى عن صعوبة قيام الأطراف بخلق عقد دولى من العدم حيث يقتضى ذلك الكثير من الجهد والوقت والمصاعب، التى يمكن تفاديها باللجوء إلى العقد النموذجى المعد سلفاً متضمناً كل الشروط المطلوبة، تاركا للأطراف حرية ملئ الفراغات والخيار بين البنود المطبوعة[1] والتحفظ على بعضها أو تعديله، وهذا أيسر بكثير للأطراف، حيث يمكن إتمام ذلك بأسلوب بسيط وسريع بوسائل الاتصال الحديثة مثل الفاكس أو الرسائل الالكترونية عبر الإنترنت، ويكون العقد النمطى الذى تم إعتماده هو المرجع لحكم العلاقة التعاقدية.

وبذلك تكون العقود النموذجية هى الوسيلة الفعالة والعملية فى تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية للعقود الدولية، لأنها تتضمن كافة التفصيلات والأحكام التى كشف الواقع العملى والتجارب المتراكمة عن أهميتها فى كل نوع من أنواع تلك العقود، مثل بيع الحبوب والحمضيات والأخشاب والبطاطس وغيرها أو نقل التكنولوجيا والاعتمادات المستندية وعقود التعاون الصناعى، والشركات الدولية والمشروعات المشتركة، فهى تضم الأحكام التفصيلية التى تشكل نظاما متكاملاً وكافياً لتسوية أى خلاف يثور بشأنها دون حاجة إلى قانون دولة معينة، وتنطوى فى نصوص شروطها على تنظيم غاية فى الدقة حول الإلتزامات التعاقدية.

ونظرا لحيوية وتزايد دور العقود النموذجية فى مجال التجارة الدولية، فقد حظيت باهتمام بالغ فى صياغتها وإعدادها وتعدد نماذجها المتداولة، وتولت تلك المهمة العديد من الجمعيات والهيئات المهنية المتخصصة والمعنية بالتعامل فى كل نوع من أنواع السلع والخدمات، ولعل أهمها اللجنة الاقتصادية لأوروبا، وجمعية لندن لتجارة الحبوب، وغرفة التجارة الدولية بباريس، ومعهد توحيد القانون الخاص بروما[2].

---

(١) Watelet, La rédaction des actes notaries, p. 289.

(٢) ومن أمثلة العقود النموذجية تلك الخاصة بكل من: الوكيل التجارى، Contrat modéle d'agence Commerciale, Edit. CCI. والتوزيع distribution، والبيع الدولى للمنتجات المصنعة Vente internationale (Produits manufactures destines =

ولقد إستقرت أحكام تلك العقود فى مجال التجارة الدولية على نحو أصبحت تشكل عادات إتفاقية Usages Conventionnels وقواعد عرفية Et Régles Coutumieres يتم اللجوء إليها لتكملة النقص فى إتفاقيات الأطراف، فهى بمثابة أحكام مفسرة أو مكملة لإرادة المتعاقدين فى العقود الدولية يتم العمل بها طالما لم يتفق الأطراف على ما يخالفها، وتستمد قوتها من خضوع الأطراف لها وإرتضائهم إياها لحكم عقودهم. لهذا فهى تلعب دوراً هاماً فى تحقيق الكفاية الذاتية لتلك العقود من جهة، وإختفاء مشكلة تنازع القوانين بشأنها، حيث لم تعد هناك حاجة لتدخل القانون الدولى الخاص فى المنازعات المحتملة فيها(١).

(هـ) تقييم نظرية الكفاية الذاتية:

إن نظرية الكفاية الذاتية تلعب، من خلال العقود النموذجية، دوراً هاماً فى مجال عقود التجارة الدولية المعاصرة، حيث يتمتع الأطراف بحرية تنظيم معاملاتهم تعبيرا عن مصالحهم المتبادلة، بما يتفق ومقتضيات تلك التجارة، بعيدا عن تنازع القوانين ونفوذ القوانين الوطنية التى قد لا تتفق وحاجات وطبيعة تلك العقود المتطورة والمتشابكة.

ولكن هذه النظرية تعرضت للعديد من الانتقادات، ولعل أهمها:

١- تقوم النظرية على فكرة العقد الطليق، أى المحرر من الخضوع لأى قانون، وهذا ما لا يتصور وجوده، ولا يمكن الكلام عن عقد خارج دائرة القانون أو فى فراغ in vacuo أو بدون قانون Contrat sans loi، فكل عقد لابد وأن يستند فى النهاية إلى قانون وطنى معين لحمايته وتدعيم نفاذه.

= à la revent) والوساطة العابرة أو الموسمية intermédiaire occasionel والفرانشايز franchise international وكلها من نفس المصدر CCI 2000.

وهناك عقد بيع الحبوب أو المحاصيل القابلة للتلف

Contrat – type et guide de l'utilisateur, La Vente Commerciale internationale de denrées pénissables, Centre du Commerce international, CNUCED/OMC, 1999, p. 80.

(١) Dicey, Morris, The Conflict of law, 2000, p.115.

٢- إن قدرة الإرادة وحدها أو بالتوافق مع غيرها على ترتيب الآثار القانونية، والقوة الملزمة لاتفاقات الأطراف لا يمكن أن يتم إلا من خلال نظام قانونى معين يقر مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة ويضفى عليها القوة الملزمة(١).

٣- إن القول بكمال العقد أمر خيالى، فنصوص العقد لا يمكنها، مهما بلغت دقتها وتفاصيلها، أن تنظم حقوق والتزامات الأطراف على نحو كامل وشامل، فالأطراف، مهما كانت خبرتهم، لا يمكنهم الاحاطة بكل جوانب العملية التعاقدية، إن أحكام العقد أياً كان الجهد المبذول فى صياغتها، لا يمكن أن تكفى بذاتها لتغطية كل المسائل ذات الخلاف المحتمل بين الأطراف، لذا يتعين الاستعانة بأحكام القانون، ومن ثم يجب النص فى العقد على قانون معين كملاذ إحتياطى لسد الثغرات فيه، ويلجأ إليه القاضى أو المحكم عندما يخلو العقد من حل للمشكلة المعروضة، تحقيقاً للأمان والاستقرار القانونى(٢).

٤- إن النقص والقصور أمر قائم، حتى فى العقود النموذجية المعدة من قبل هيئات علمية ومهنية متخصصة، أضف إلى ذلك أن الأحكام التى تتضمنها تلك العقود هى مجرد شروط تعاقدية لا ترقى إلى مرتبة القواعد القانونية، ومن ثم يجوز للقاضى أن يبسط رقابته عليها ويعمل عليها القواعد ذات التطبيق الضرورى أو الأمر، وبصفة خاصة تلك المتعلقة بأسس السياسة الاقتصادية للدولة، والحقوق الأساسية للإنسان.

٥- إن هذه النظرية يمكن أن تشكل مساساً بحقوق الطرف الضعيف إقتصادياً فى العقد الذى يأخذ طابع الإذعان، حيث غالباً ما يتم صياغة العقود النموذجية فى مجال التجارة الدولية من قبل الشركات العملاقة، ولا يكون أمام الطرف المتعاقد فرصة كبيرة للتعديل أو المناقشة. والقول بالكفاية الذاتية يعنى

---

(١) Huezé, La réglementation française des Contrats internationaux, 1990, p. 72.

(٢) P. Mayer, Droit int. privé, 1191, P. P. 445.

حرمان القاضى من التدخل لمراقبة مشروعية الشروط التعاقدية وعدالتها وعدم مخالفتها لقواعد قانون الدولة[١].

لذلك فإن مبدأ الكفاية الذاتية لا يمكن أن يقوم إلا من خلال تدعيمه بالدور الاحتياطى للقانون الوطنى على النحو التالى:

(و) الدور الاحتياطى للقانون الوطنى:

إن التنظيم الذاتى للعقد الدولى فى حاجة إلى تدعيم باتفاق الأطراف على قانون معين يتم الرجوع إليه، على سبيل الاحتياط، لمعالجة النقص فى أحكام الرابطة، أى تكملة ما عسى أن يكون المتعاقدون قد غفلوا عن تنظيمه[٢].

إن واقع العقود الدولية يكشف عن وجود العديد من العادات والشروط والأعراف التجارية فى كافة الأوساط المهنية لتنظيم المعاملات المختلفة تلائم طبيعتها وتتطور معها، بعيداً عن القوانين الوطنية التى يقل اللجوء إليها بالتدريج، ومع ذلك فإن العقود تحتوى على بيان القانون الواجب التطبيق، كشرط إحتياطى Résiduelle لتكملة ما قد يعتريها من قصور، ولا يتم اللجوء إلى القانون المختار، إلا عند عجز شروط العقد عن تقديم الحل للمشكلة المعروضة. مؤدى ذلك أن أحكام العقد تقدم على أحكام القانون الواجب التطبيق، حيث تحرص الشركات الدولية على الاستعانة بالعادات المهنية وصياغة عقود تفصيلية لتكون وحدها، بقدر المستطاع، قانون المتعاقدين دون الاستعانة بقانون وطنى إلا على سبيل الاحتياط[٣]. إن الدور الاحتياطى والتبعى لذلك القانون يعد مجرد عامل إستقرار وتأمين للعلاقات العقدية الدولية.

---

(١) Fifoot, Law of Contract, 2002, P. 218.

(٢) Uytvanck, La Pratique d'entreprises belges on matiére de Contrat international ..., P. 400.

(٣) Treitel, The Law of Contract, P. 423.

المبحث الثالث
خضوع العقد للقانون الدولى

يقتصر الأمر هنا على طائفة معينة من العقود الدولية هى عقود الدولة، التى تكون الدولة طرفاً فيها مع شخص خاص أجنبى(١).

حاول البعض تدويل تلك العقود وإخضاعها للقانون الدولى العام بهدف إبعاد تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة حتى لا تتمكن من تعديل العقد أو إنهاءه بإرادتها المنفردة إستناداً إلى نصوصها التشريعية الداخلية وسلطتها السيادية مما قد يشكل إخلالاً بحقوق الطرف الأجنبى الناجمة عن العقد.

إن تدويل تلك العقود وإعتبارها بمثابة معاهدات يخول الطرف الأجنبى المتعاقد مع الدولة التمسك بقواعد القانون الدولى العام والإبقاء على الالتزامات التعاقدية التى تعهدت بها وما يترتب على ذلك من حقوق له فى مواجهتها(٢).

(أ) نطاق المسئولية التعاقدية للدولة:

ثار التساؤل حول مدى مسئولية الدولة عن الإخلال بالالتزامات العقدية الناجمة عن العقود المبرمة فى إطار القانون الداخلى؟

ذهب البعض إلى أن القانون الدولى يفرض الاحترام الكامل والمطلق للعقود، على نحو يعد معه أى مساس بالعقد، أياً كانت أسبابه ودوافعه، سبباً فى إنعقاد مسئولية الدولة.

بينما يرى البعض الآخر أن أنتهاك الدولة للعقد لا يشكل فى ذاته سبباً لانعقاد مسئوليتها، لأنها غير ملزمة، تبعاً لقاعدة من قواعد القانون الدولى العام، باحترام العقود، وتثور مسئولية الدولة فقط إذا كانت مخالفتها للعقد تعد عملاً

---

(١) أنظر ما سبق ص ١٣.

(٢) حفيظة الحداد، المرجع السابق ص ٥٥٨ وما بعدها، والمراجع والاتجاهات المشار إليها.

دولياً غير مشروع، ويتحقق ذلك بشكل أساسي إذا كان الإجراء الصادر عن الدولة يتسم بالتعسف أو تم فى شكل المصادرة.

ولكن الرأى الراجح وما يجرى عليه العمل فى الجماعة الدولية هو أن مساس الدولة بالنصوص التعاقدية يعد فى حد ذاته وبالضرورة عملاً غير مشروع مخالف للقانون الدولى، حيث تلتزم الدولة دائماً باحترام الالتزامات الواقعة على عاتقها تجاه الأشخاص الخاصة الأجنبية. ولكن يجوز للدولة، إنطلاقاً من سلطتها السيادية وإعتبارات المصلحة العامة الوطنية، تعديل العقد وإجراء التأميم والمصادرة، بشرط ألا يتسم ذلك بالتحيز أو التعسف من جهة، وأن يتم تعويض الطرف الآخر بشكل عادل وملائم وفعال[1].

(ب) تطبيق أحكام القانون الدولى العام:

إن عقود الدولة تخضع لقواعد القانون الدولى العام إستناداً إلى إرادة الأطراف، أى إعمالاً لمبدأ قانون الإرادة. فإرادة الأطراف هى التى تقوم بتحديد القانون الحاكم للعقد. وقد يشير الأطراف إلى قواعد القانون الدولى العام بالمعنى الضيق، وقد يتجه الاختيار إلى القواعد التى تحكم المعاهدات الدولية أو إعمال المبادئ العامة المعترف بها بين الأمم المتمدينة. وتختلف الإشارة إلى هذه المبادئ من عقد لآخر، فقد تتمثل الصياغة فى: المبادئ العامة للقانون، مبادئ القانون، المبادئ القانونية المعترف بها.

ولكن الإشارة إلى المبادئ العامة للقانون لا تعنى فى ذاتها تطبيق القانون الدولى العام، بل يتعين، للوصول إلى هذه النتيجة، أن يقترن ذلك بتعبير آخر مثل المبادئ العامة المنصوص عليها فى المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية، أو تلك المطبقة بواسطة المحاكم الدولية.

أما مجرد النص على الفصل فى منازعات العقد طبقاً للمبادئ العامة للقانون أو وفقاً لمبادئ العدالة والانصاف فإن ذلك لا يعنى تطبيق القانون الدولى العام. ولكن يعنى عدم تطبيق القانون الوطنى للدولة المتعاقدة، ويخضع

(١) نفس المرجع.

الأمر فى النهاية إلى السلطة التقديرية للمحكمين، حيث يمكنهم الفصل فى المنازعة؛ دون الاحتكام إلى نظام قانونى محدد(١).

وتنص المادة ٢ من القرار الصادر عن مجمع القانون الدولى، فى دورته المنعقدة من أجل مناقشة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدولة وشخص خاص أجنبى، على أن "للأطراف الحق فى إختيار إما قانون أو قوانين متعددة وطنية أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين وإما المبادئ العامة للقانون، وإما المبادئ المطبقة فى العلاقات الاقتصادية الدولية، وإما القانون الدولى، وإما مزيج من مصادر هذه القوانين".

ويصعب القول بخضوع العقد للقانون الدولى العام إستناداً إلى الإرادة الضمنية لأطرافه، فوجود شرط التحكيم فى العقد لا يعنى خضوعه لذلك القانون، ولا يمكن الاستناد إلى أن عقود الدولة تتصف بمجموعة من الصفات والخصائص الذاتية تجعلها متصلة بالنظام الدولى على نحو يبرر خضوعها لأحكام وقواعد القانون الدولى. فهذه العقود بفرض أنها تصرفات قانونية دولية بشكل كامل، لا يحكمها القانون الدولى إلا إذا قام الأطراف باختياره. إن الاسناد الإرادى الشخصى هو وحده الذى يؤخذ فى الحسبان من أجل تحديد القانون الواجب الإعمال على العقد(٢).

(جـ) خضوع العقد للمعاهدات الدولية:

يجب التفرقة، فى هذا المقام، بين المعاهدات الدولية الحمائية من جهة، والاتفاقيات الدولية المشرعة من جهة أخرى:

أولاً: المعاهدات الدولية الحمائية: تقوم الدول، أحياناً، باتباع سياسة يطلق عليها عادة "الدبلوماسية المالية diplomatie financiére" تتمثل فى إبرام دولتين أو أكثر معاهدة لحماية وتشجيع العقود المبرمة بين أجهزة الدول الموقعة على المعاهدة والأشخاص الخاصة الأجنبية.

---

(١) نفس المرجع ص ٦٧١.

(٢) Kotz, An introduction to Comparative law, 1998, p. 211.

إن مثل هذه العقود تعد بمثابة عقود تنفيذية للمعاهدة، إذا كانت جزءاً لا يتجزأ منها، وتخضع بالتالى للقانون الدولى ويبدو ذلك بوضوح فى حالة نص المعاهدة على إنشاء شخص قانونى مشترك بين دولتين أو أكثر يتمتع بجنسية محددة ونظام قانونى معين.

وإذا لم يتحقق مثل هذا الاندماج للعقد فى إطار المعاهدة، فإنه يتم تعيين القانون الواجب التطبيق طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص. وبالنسبة للدول أطراف المعاهدة فإنها ترتبط بما هو منصوص عليه فيها، وتلتزم بإتخاذ الإجراءات اللازمة بغرض تسهيل تنفيذ هذا العقد، ولا ترتبط الدولة قانوناً بمضمونه، إلا بمقتضى نص صريح يقضى بذلك.

مؤدى ذلك أن عدم تنفيذ الدولة لالتزاماتها فى مواجهة الشخص الأجنبى المتعاقد معها لا يشكل بالضرورة مخالفة فى مفهوم القانون الدولى، إلا إذا تمكنت الدولة التى يتبعها الطرف الأجنبى من إثبات أن الدولة التى أبرمت معها المعاهدة الحمائية، قد تعهدت فى مواجهتها، بتنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن نية، وإتخاذ جميع الإجراءات الضرورية لتنفيذها.

ولعل المعاهدة الدولية الجماعية تكون قادرة على مواجهة تلك المشكلة. مثل معاهدة واشنطن الموقعة فى ١٩٦٥/٣/٢٨ التى أنشأت المركز الدولى لفض منازعات الاستثمار. وتقوم محاكم التحكيم التى تعمل تحت مظلة هذا المركز بتطبيق مبادئ القانون الدولى العام. وتلتزم الدول الموقعة على هذه المعاهدة بتنفيذ الأحكام الصادرة بوصفها واجبة النفاذ. وكذلك الحال بالنسبة لكل دولة توافق على إنعقاد الاختصاص لذلك المركز. ويساعد هذا التحكيم على ميلاد نظام قانونى دولى حقيقى موضوعى ليحكم عقود الدولة(١).

ثانياً: المعاهدات الدولية الشارعة: فى ظل عصر العولمة تزايدت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التى تتضمن قواعد مادية خاصة بتنظيم العلاقات التعاقدية ذات الطابع الدولى، فهى تتضمن تنظيماً مباشراً لبعض العقود الدولية.

---

(١) نفس المرجع ص ٦٨٦.

وتختلف تلك المعاهدات عن نظيرتها التى تقوم بتوحيد قواعد الاسناد فى الدول المنضمة إليها فى صدد المسائل موضوع التنظيم الاتفاقى، مثل اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية. إن التوحيد فى هذا الفرض لا ينصب على قواعد مادية تتصدى للتنظيم المباشر لهذه المسائل، بل يتعلق بالمعايير المتبعة فى شأن إختيار القانون المطبق بشأنها.

أما المعاهدات التى تتولى توحيد القوانين الداخلية للدول الموقعة، فهى تضع حلولاً مباشرة لبعض مسائل القانون المدنى أو التجارى مثلاً، وتؤدى إلى فض ظاهرة التنازع فى مهدها بين قوانين الدول المتعاهدة. مثل معاهدات جنيف التى وضعت قانوناً فى شأن الشيكات والسندات الإذنية. إن القواعد الموحدة بمقتضى المعاهدات هى قواعد دولية بطبيعتها تتجسد فى نص موحد يتعين إعماله مباشرة فى الدول المتعاهدة. لهذا تقرر دساتير بعض الدول سمو أحكام المعاهدات على القانون الداخلى. إن ذلك التوحيد يعد عاملاً ميسراً للتجارة الدولية لما يحققه من أمان قانونى للمتعاقدين.

ويرى البعض أن أحكام المعاهدات السابقة تحكم بحسب الأصل الروابط الداخلية، ويمكن أن يمتد تطبيقها إلى الروابط الخاصة الدولية بمقتضى منهج التنازع. ويختلف الأمر بالنسبة للمعاهدات التى تضع قواعد لتنظيم العلاقات الخاصة الدولية، حيث تستجيب فى مضمونها وأهدافها إلى طبيعة هذه المعاملات ولا تنطبق إلا بشأنها، ما لم يتبناها المشرع الداخلى فى قانونه الخاص، وهذا ما يجرى عليه العمل حديثاً تنفيذاً لاتفاقية الجات[1].

ومن أهم أمثلتها إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولى للبضائع المبرمة فى فيينا عام ١٩٨٠ التى تطبق على البيع المبرم بين طرفين يعمل كل منهما فى دولة مختلفة بصرف النظر عن جنسيته، وتطبق أحكام تلك الاتفاقية أمام قضاء التحكيم أو الدولة المتعاهدة، مباشرة دون المرور بمنهج تنازع القوانين. وكذلك الحال بالنسبة لعقود النقل الدولى التى كانت موضوعاً

(١) Furmston, Law of Contract, 2004, p. 342.

للاتفاقيات الدولية المتضمنة لقواعد مادية موحدة مثل إتفاقيات بروكسل المتعددة فى شأن النقل البحرى، وإتفاقية هامبورج فى شأن النقل البحرى الدولى للبضائع. وعقد النقل البحرى يكون دولياً، ويخضع للاتفاقية، إذا تم تنفيذه بين دولتين مختلفتين. ويجرى التحكيم على تطبيق القواعد المادية المقررة فى تلك المعاهدات السابقة باعتبارها تعبر عن المبادئ العامة والأعراف المستقرة، وبصفة خاصة فى مجال البيوع الدولية للبضائع(١).

(د) تطبيق قضاء التحكيم للقانون الدولى:

إن معاهدة واشنطن التى أنشأت المركز الدولى لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تشير إلى إعمال قواعد القانون الدولى العام على عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة والأشخاص التابعة لدولة أخرى، ولكن ذلك لا يتم إلا فى حالة عدم إتفاق الأطراف صراحة على إختيار القانون الواجب التطبيق، حيث تلتزم المحاكم بتطبيق القانون المختار.

ولكن الفرض الذى آثار الكثير من الجدل هو حالة النص الصريح على تطبيق القانون الوطنى للدولة على العقد، ثم يتبين مخالفة هذا القانون لقواعد القانون الدولى، إختلف الرأى حول ترجيح أى من القانونين على الآخر. والراجح أنه إذا وافقت الدولة المعنية بقبول اختصاص المركز الدولى على نحو غير مشروط، فإن محاكم التحكيم الخاصة بالمركز لها سلطة إستبعاد القوانين الداخلية المخالفة للقانون الدولى العام. ونفس الحكم بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى الذى يُمارس فى إطار هيئات التحكيم المؤسسى.

وكذلك الحال فى حالة وجود معاهدة حمائية مشجعة للاستثمار بين دولة صناعية وأخرى نامية، فهذه المعاهدات تمنح المستثمر العديد من الضمانات الدولية، بالإضافة إلى الحقوق التى يقرها له القانون الوطنى للدولة المتعاقدة الواجب التطبيق على العقد، ويقبل أطراف المعاهدة إختصاص المركز الدولى بالمنازعات المتولدة عن العقد الذى يتم تنفيذه على إقليمها. وهنا قد يتم تطبيق

(١) انظر فى عرض ما سبق هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ٢٠٠١ ص ٧٤٦.

القانون الدولى إذا تعلق الأمر بتقييد السلطات السيادية للدولة فى مواجهة الأطراف الأجنبية فى العقد، إعمالاً للمعاهدة الدولية التى تضع قواعد تشكل الحد الأدنى لضمان الاستثمار.

وفى نفس الاتجاه صدرت بعض أحكام التحكيم الخاص الدولى حيث إستبعدت القوانين الوطنية لصالح المبادئ العامة باعتبارها قواعد قانونية تقوم على المنطق والعقل وهى مشتركة بين الأمم المتمدينة، وتعتبر من مصادر القانون طبقاً لنص المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية.

وقد يرى حكم التحكيم ضرورة تطبيق أحكام القانون الدولى على المسائل التى لا ترتبط موضوعياً بالقانون الوطنى مثل عمليات النقل فى أعالى البحار، وسيادة الدولة على مياهها الإقليمية، واحترام الحقوق المكتسبة للأجانب، والمسئولية الدولية للدولة.

ويتم تطبيق القانون الدولى كذلك فى حالة عدم وجود قواعد قانونية قاطعة، فى القانون الوطنى، لحكم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، أو إستناداً لشرط دارج فى تلك العقود مؤداه "أن محكمة التحكيم أو المحكم المنفرد، غير ملزم بأعمال قاعدة قانونية محددة، بل له الحق فى أن يسند حكمه على اعتبارات الإنصاف ووفقا لمبادئ القانون المعترف بها عموماً، لا سيما مبادئ القانون الدولى". وتطبق كثير من أحكام التحكيم، إلى جانب القانون الوطنى للدولة المتعاقدة، القانون الدولى أو المبادئ العامة للقانون، باعتبارها جزء من كل نظام قانونى متقدم(١).

---

(١) حفيظة الحداد، المرجع السابق ص ٧٣٧.

المبحث الرابع
خضوع العقد الدولي
للمبادئ العامة للقانون

(أ) مفهوم المبادئ العامة للقانون:

تجرى الإشارة كثيراً إلى المبادئ العامة للقانون Principes généraux du droit فى مناسبات ومجالات مختلفة، مثل مصادر القانون الدولى العام، والقانون الداخلى، والقانون الواجب التطبيق على المعاهدات والعقود الدولية، وقضاء التحكيم.

ويتفاوت التعبير عنها بصياغات متفاوتة مثل: المبادئ العامة للقانون، مبادئ القانون، المبادئ القانونية المعترف بها، مبادئ القانون المعترف بها بين الأمم المتمدينة. ورغم الخلاف السائد حول تحديد مضمونها وطبيعتها، إلا أنها تشكل عنصراً هاماً فى النظام القانونى المعاصر. فهناك الكثير من المبادئ العامة التى لا يمكن لأحد إنكارها، مثل العقد شريعة المتعاقدين، وحسن النية فى تنفيذ العقود، والإثراء بلا سبب، التعويض الكامل للضرر، ... إلا أن الخلاف يمكن أن يثور بصدد تفاصيل ومجال تطبيقها.

ولعل المفهوم المتعارف عليه هو أنها تعبر عن المبادئ الأساسية السائدة فى مختلف النظم القانونية للدول، فهى قواعد سلوك عامة لتنظيم العلاقات بين الأشخاص وتصلح كأساس للعديد من القواعد التفصيلية المتفرعة عنها[(١)].

نصت الفقرة جـ من المادة ٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية على المبادئ العامة للقانون التى أقرتها الأمم المتمدينة، ضمن أحكام القانون الدولى التى تطبقها المحكمة للفصل فيما يعرض عليها من منازعات دولية. وهى تعد من المصادر الأصلية للقانون الدولى، وتأتى فى الترتيب بعد

---

(١) Ripert, L'ordre Juridique de la théorie des sources du droit, 1950, p. 112.

المعاهدات الدولية والعرف الدولى، أى يلجأ إليها القاضى الدولى فى حالة عدم وجود معاهدة أو عرف.

وجرى استخدام لفظ المبادئ المعترف بها من الأمم المتمدينة nations civilisées فى الماضى لظروف تاريخية إعتبرت فيها الدول الغربية نفسها كذلك، إلا أن هذا اللفظ كتعبير عن العنصرية لم يعد له مجال حالياً. ومن ثم يصبح المقصود هو المبادئ العامة المعترف بها من الدول المختلفة فى مجموعها، فهى مبادئ مشتركة مستمدة من الأنظمة القانونية الداخلية، وتصلح لتطبيقها سواء على المنازعات الدولية أو العلاقات الخاصة الدولية (العقود الدولية)، مع وجود بعض التباين فى أسلوب التطبيق(١).

(ب) تمييز فكرة المبادئ العامة للقانون عن الأفكار المشابهة:

إن مضمون فكرة المبادئ العامة للقانون يتضح من تمييزها عما قد يشتبه بها من أفكار مجاورة أو مقاربة لها:

١ـ المبادئ العامة للقانون وقواعد الإسناد: إن تلك المبادئ ذات طابع موضوعى وهى قواعد مادية تتكفل مباشرة بحسم النزاع، حيث يقوم القاضى أو المحكم بتطبيقها مباشرة دون حاجة لمنهج تنازع القوانين régles de conflit أما قواعد الاسناد régles de rattachement فهى شكلية وغير مباشرة لأنها لا تحسم النزاع مباشرة بل تتولى فقط الإرشاد إلى القانون الذى تتكفل قواعده بإعطاء الحل النهائى للنزاع، فهى قواعد ليس لها مضمون أو محتوى وتنحصر وظيفتها فى توزيع الاختصاص التشريعى بين مختلف الدول، بالنسبة للمراكز والمنازعات التى تضم عنصراً أجنبياً، دون أن تقدم موضوعيا للنزاع(٢). يطبق قضاء التحكيم المبادئ العامة للقانون كقواعد موضوعية يستخلص منها الحلول لمنازعات العقود الدولية.

---

(١) Béla Vitanyi, les positions doctrinales Concernant le sens de la notion de "principes généraux de droit reconnus par les nations Civlisées, R. G. D. I. P., 1982, p. 48.

(٢) فؤاد رياض ص ١٨٥.

٢- المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة والقانون الطبيعي: القانون الطبيعي هو المبادئ والمثل العليا الراسخة في الضمير الإنساني وتقوم على مبدأ أساسي هو إحترام الشخصية الإنسانية، ويتعين على المشرع مراعاة تلك المبادئ في صياغة قوانينه الوضعية. ويتفق ذلك المفهوم كثيراً مع مفهوم المبادئ العامة للقانون، وإن كانت الأخيرة أكثر واقعية.

أما العدالة فتتمثل في اختيار أفضل الحلول التي تحقق المساواة من وحي الضمير الإنساني على ضوء الظروف والملابسات القائمة. فالعدل مفهوم ثابت لا يتغير لقيامه على المساواة المطلقة، ولكن التعبير عنه يختلف بحسب الزمان والمكان، وتلك هي العدالة حيث تقوم على تحقيق العدل في حالات خاصة من خلال تطبيقه على وقائع معينة[١].

وأيا ما كان الخلاف حول تحديد مضمون تلك الأفكار إلا أنها تشترك في وظيفة واحدة هي أن القاضي أو المحكم يلجأ إليها لاستخلاص الحل المناسب للنزاع المعروض عليه عند تعذر وجوده في أحكام القانون، أضف إلى ذلك أن المبادئ العامة للقانون هي التعبير المباشر القانوني والواقعي لفكرة القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وغالباً ما يقوم قضاء التحكيم بتطبيق المبادئ العامة على منازعات العقود الدولية إنطلاقاً من قواعد العدالة المستوحاة من القانون الطبيعي، ويبدو هذا بوضوح في حالة التحكيم مع التفويض بالصلح أو ما يسمى بتحكيم العدالة الذي يفصل في النزاع وفقاً لمبادئ العدل والإنصاف دون الالتزام بأحكام أي قانون وضعي[٢].

ومن أهم الأمثلة على ذلك إستناد التحكيم إلى فكرة العدالة لتوزيع المخاطر الناجمة عن القوة القاهرة بالتساوي بين أطراف العقد الدولي، رغم أن تلك القوة تعفي المدين أصلاً من التزامه، حيث يتم إعادة التوازن العقدي الاقتصادي في عقود التجارة الدولية التي يستغرق تنفيذها فترة زمنية ممتدة،

---

(١) انظر مؤلفنا في نظرية القانون ص ٢٢٥.

(٢) أنظر ما يلي ص ٤٧٨.

وذلك عند تغير الظروف، على نحو يخل بهذا التوازن بين المتعـاقدين، ويحمـل أحدهما عبئاً باهظاً(١).

٣- المبادئ العامة للقانون وقانون التجارة الدولية: يتمثل هذا القـانون فى مجموعة القواعد التى تحكم المنازعات التجارية الدولية، وتنبع تلك القواعـد من أعراف وعـادات التجـار والجماعـات المهنيـة. وتتولـى المؤسسـات المهنيـة والتجارية تقنين هذه العادات فى صورة عقود نموذجية بكل مهنة أو تجارة على حدة، أو يتم صياغتها فى قواعد موحدة بواسطة الاتفاقيـات الراميـة إلـى توحيد قواعد التجارة الدوليـة. وقـد يسـتمد قـانون التجـارة الدوليـة أحكامـه مـن بعـض التشريعات الداخلية المنظمة لنشاط التجارة الدولية ومـن المبـادئ التـى أرسـاها قضـاة التحكيم، وهى قد تشترك مع المبادئ العامـة للقـانون أو تسـتند إليـها، وإن كانت تلك المبادئ بحكم أنها مستمدة من القوانين الوطنية، قد لا تتفق، فى بعض الحالات، ومتطلبات وطبيعة التجارة الدولية(٢).

٤- المبادئ العامة للقانون وقانون عبر الدول: إن قـانون عـبر الـدول Transnational Law هو تعبير حديث شاع إستخدامه رغم الجدال الدائـر حـول مضمونه، فهناك من يعتبره مرادفاً لقانون التجارة الدولية، ولكن الراجـح أن لـه مضموناً مستقلاً عنه وهو يقترب مما يُطلق عليه القانون شبه الدولى.

يعالج قانون عبر الدول العلاقات التـى تتجـاوز حـدود الـدول المختلفـة، بين الأفراد والشركات والدول والمنظمات الدولية وغيرها، وهو يضـم كـل مـن القانون الدولى العام والقانون الدولى الخاص والقانون الوطنى العـام والخـاص، ويسمح للمحاكم القضائية الداخلية أو الدولية أو التحكيم بأن يختار، عند التنـازع بين هذه النظم القانونية، القاعدة التى تراها أكثر إتساقاً مـع العقل والعدل، فـهو نظام قانونى ثـالث لا يـزال فـى مرحلـة التكويـن وينقصـه الوضـوح والتحديـد،

(١) أنظر ما سبق ص١٩٢ .
Prado, La théorie du hardship dans les principes de l'unidroit relalifs aux Contrats du Commerce international, 2001, p. 327.

(٢) Goldman, Principes généraux du droit et Contrats des relations economiques internationals, 1982, p. 387.

ويأتى إستجابة للعلاقات الدولية الجديدة المتنوعة نتيجة العولمة وتداخل العلاقات.

ويدخل ضمن أحكامه التنظيم القانونى للمؤسسات الدولية العامة والقضاء الدولى وقضاء المحاكم الوطنية والدولية والتحكيم والمبادئ العامة للقانون ونصوص العقد وقانون التجارة الدولية، ومن ثم فهو نظام قانونى يتكون تلقائياً، دون تدخل من القوانين الوطنية أو الدولية، بواسطة المتعاملين فى العلاقات التجارية الدولية والمؤسسات الدولية وقضاء التحكيم، وتسمح الدول بتطبيقه نظراً لتمشى أحكامه مع مقتضيات المعاملات الاقتصادية والتجارية المتطورة. فقانون عبر الدول فكرة عامة تحتوى بداخلها المبادئ العامة للقانون[1].

(جـ) تزايد أهمية المبادئ العامة للقانون:

تزايدت أهمية المبادئ العامة للقانون فى حكم العقود الدولية، حيث يكثر لجوء قضاة التحكيم إليها لإستخلاص الحلول المناسبة للمنازعات المتعلقة بتلك العقود، ويرجع ذلك لعدة أسباب تتمثل فى:

١- إن إعمال قواعد الإسناد ومنهج التنازع يفضى، فى كثير من الحالات، إلى نتائج لا تتفق وحاجات عقود التجارة الدولية، فقاعدة الإسناد يمكن أن تشير إلى تطبيق قانون وطنى لا تتفق أحكامه مع متطلبات تلك المعاملات بسبب ما تنطوى عليه من تنوع وتركيب وتعقيدات تختلف عن العلاقات التجارية الداخلية.

٢- نظرا لعدم ملاءمة القضاء والقوانين الوطنية لتسوية منازعات التجارة الدولية إنتشر التحكيم التجارى الدولى كبديل ملائم لما يتمتع به من بساطة فى الإجراءات وسرعة وحرية فى إختيار القانون الواجب التطبيق، وإستخلاص الحلول الملائمة لحاجات التجارة الدولية من المبادئ العامة

(١) Lalive, Contrats entre Etats et personnes privées, R. C. A. D. I. 1984, p. 184.
A. Kassis, Tréorie générale des usages du Commerce international, L. G. D. Y. 1984, p. 202.

للقانون، فهى تشكل الأساس والمصدر للكثير من أحكام التحكيم، وبصفة خاصة فى حالة تفويض المحكم بالصلح، حيث لا يكون ملزماً بتطبيق أى قانون، ويبنى قراره فى النزاع على الاشتراطات العقدية أو الأعراف وعادات التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون أو قواعد العدالة[1].

ويميل المحكمون، عموماً، إلى تأسيس أحكامهم بطريقة مجردة على القواعد والنظريات الراسخة المتمثلة فى المبادئ العامة، بعيداً عن القوانين الوطنية، مما يضفى عليها صفة الموضوعية والعالمية وعدم التحيز.

إن المبادئ العامة للقانون يمكنها مواجهة المتطلبات السريعة والمتطورة لعقود الاستثمار والتنمية والتجارة الدولية التى تعجز القوانين الوطنية عن الاستجابة لها لأنها وضعت لمواجهة العقود الداخلية، لكل ذلك تزايد الاهتمام بتلك المبادئ واحتلت مكانة هامة فى هذا المجال.

(د) موقف التشريع والقضاء من المبادئ العامة للقانون:

يحرص أطراف العقد الدولى، أحياناً كثيرة، على النص على إخضاع علاقتهم التعاقدية للمبادئ العامة للقانون، وذلك بهدف تحرير تلك العلاقة من سلطان القوانين الوطنية. ومن الصعب الوصول إلى هذه النتيجة إلا إذا تضمن العقد شرط التحكيم، نظراً لأن القضاء الوطنى لا يقبل بسهولة إستبعاد تطبيق القانون الوطنى، ويتحفظ بصدد إخضاع العقد لقانون دولة أجنبية أو المبادئ العامة للقانون.

وتنص بعض التشريعات صراحة على ضرورة خضوع عقود الاستثمار والتنمية للقانون الوطنى فى حالة عدم إتفاق الأطراف صراحة على قانون معين[2].

---

(١) أنظر ما يلى ص ٤٧٨.

(٢) Ph. Khan, Les principes généraux du droit devant les arbitres du Commerce international, Cluent, 1989, p. 306.

ويجرى قضاء التحكيم على تطبيق المبادئ العامة للقانون بوصفها قانون الإرادة، ويتولى المحكمون تطبيق تلك المبادئ ، عند سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق، فى حالة عدم وجود حكم للنزاع فى العقد أو فى قانون التجارة الدولية، أى أن اللجوء إلى المبادئ يكون على سبيل الاحتياط من جهة، ومن جهة أخرى فإنها لا تقدم الحلول الكافية لكافة مشاكل العقود الدولية، فهناك بعض المسائل التى لا يمكن حسمها إلا من خلال قواعد الإسناد، مثل أهلية المتعاقدين وعيوب الإرادة وحدود سلطة الوكيل التجارى(١).

ويتضح من قضاء التحكيم أن إشارة الأطراف فى العقد إلى المبادئ العامة للقانون تعنى فى الغالب تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، ومن ثم يجب على المحكم تفسيرها وإستخلاص الحلول منها. وهى من ناحية أخرى تشكل الركائز الأساسية للنظام التجارى الدولى الذى يصعب مخالفة العقد لها، بل ويتم الاستناد إليها غالباً فى تسبيب الأحكام الصادرة(٢).

(هـ) تقدير فكرة المبادئ العامة للقانون:

تعرضت فكرة المبادئ العامة للقانون لبعض الانتقادات من جانب الفقه التقليدى، لعل أهمها:

١- أن المبادئ العامة للقانون فكرة غامضة غير محددة، ومضمونها غير معلوم للأطراف وللقاضى، ويفتح الباب واسعاً للجدل حول تحديده، ويتنافى ذلك مع استقرار المعاملات وما ينبغى أن تتسم به العقود من أحكام مؤكدة، على الأقل بصدد القانون الواجب التطبيق عليها مستقبلاً.

٢- أن الحكم بمقتضى تلك المبادئ يكون مشوباً بالتحكم، حيث يخضع لهوى المحكم الذى يمكنه تبنى ما يريد من حلول للنزاع المطروح أمامه تحت ستار المبادئ العامة للقانون، فهى ليست قواعد قانونية محددة يمكن التعرف

(١) Treitel, The law of Contract, P. 682.

(٢) Oppetit, Les principes généraux du droit en droit internationale, Ar. Philos. Dr. 1987, P. 179.

على وجودها ومضمونها بشكل مؤكد، وتتسم بعدم الدقة وقلة الأمان وصعوبة تطبيقها، أحياناً، على الوقائع الملموسة.

٣- يجب على قضاء التحكيم إستخلاص المبادئ العامة للقانون من كافة الأنظمة القانونية المختلفة، ولكن الواقع يكشف عن التعويل على المبادئ المستمدة من النظم القانونية الخاصة بالدول الرأسمالية الصناعية الكبرى التى قد تختلف عن تلك الخاصة بالدول النامية. بل أن المحكم قد يستبعد تطبيق قانون الدولة النامية المتعاقدة، بدعوى تخلفه عن مواكبة علاقات التجارة الدولية، وينتهى، باسم المبادئ العامة، إلى تطبيق قانون دولته الغربية وتعبيراً عن ثقافته القانونية.

٤- إن المبادئ العامة للقانون تكون غير كافية فى حالات كثيرة، وتعجز عن تقديم الحلول الملائمة للنزاع، مثل تحديد مدة التقادم، والمدة التى يجوز للمشترى فيها التمسك بالعيب الخفى، حيث لا توجد مبادئ موحدة بشأنها، مما يدفع إلى تطبيق أحد القوانين الوطنية المتقدمة عليها مثل القانون السويسرى. أضف إلى ذلك أن كثير من العقود الدولية تتضمن العديد من النقاط الفنية والتقنية الدقيقة والمتطورة التى تعجز المبادئ العامة عن وضع الحلول لها[1].

إن مضمون المبدأ القانونى يتصف بالنسبية ويتباين من نظام لآخر، ومن ثم فإن الحكم الصادر إستناداً إليه يمكن أن يستند إلى الهوى والتحكم ويصعب مراقبته لعدم معرفة الأساس القائم عليه على وجه اليقين. ويترتب على ذلك أن منح المحكم سلطة الفصل فى النزاع وفقاً للمبادئ العامة بعيداً عن أى نظام قانونى يؤدى إلى حلوله محل أطراف العقد فى صياغة إتفاقهم ويكون العقد بلا قانون، ويكون التحكيم طليقاً.

ولكن تلك الانتقادات التقليدية لم تمنع الاستعانة بالمبادئ العامة للقانون فى عقود التجارة الدولية وإخضاعها للحلول التى يستلهمها المحكمون بصدد

---

(١) J. Salmon, Les principes généraux du droit, ... In Mélanges Offerts à Raymond Vander, 1982, T. 11, P. 717.

المسائل التى ليس لها تنظيم فى العقد، ولا يوجد بشأنها أعراف وعادات مستقرة فى المجال الدولى. إن تلك المبادئ تعين المحكمين على إستخدام قدراتهم الخلاقة فى إستنباط الحلول المناسبة للعلاقات التجارية العابرة للحدود، فهى تشكل درع أمان لكل قاض أو محكم، حيث تسمح عموميتها له بالتطبيق على مختلف الأوضاع والمسائل التى تعرض عليه، وتعطيه حرية تقدير واسعة لمعالجة النقص فى النظام القانونى أو القصور فى العقد.

إن المبادئ العامة للقانون أمر مشترك بين النظم القانونية المختلفة، وترتبط إرتباطاً وثيقاً بالفكر القانونى المعاصر، وأصبحت تحتل مكانة هامة فى النظام القانونى الدولى الذى يعبر عن الأفكار القانونية للدول. نشأت تلك المبادئ فى النظم القانونية الوطنية وإستمدت قوتها الملزمة منها، وإكتسبت صفة العالمية نتيجة الاعتقاد الراسخ بأهميتها لدى المجتمع الدولى لرجال الأعمال والتجارة والعلاقات الدولية، حيث تخلصت بالتدريج من الخصوصيات الوطنية وإرتقت ضمن مصادر ومكونات قانون التجارة الدولية(1).

ولقد إستقر التشريع والفقه والقضاء على أهمية المبادئ العامة للقانون منذ زمن بعيد، فقد نصت المادة الثانية من قرار مجمع القانون الدولى المنعقد فى أثينا عام ١٩٧٩ على أن "الأطراف يستطيعون خصوصاً إختيار قانون العقد، أو واحد أو اكثر من القوانين الداخلية، أو المبادئ المشتركة بين هذه القوانين، أو المبادئ العامة للقانون، أو المبادئ المطبقة فى الروابط الاقتصادية الدولية أو القانون الدولى، أو توليفة من تلك المصادر للقانون".

(و) أهم المبادئ العامة للقانون:

نعرض لأهم المبادئ محل الاجماع والأكثر تطبيقاً وترددأ فى مجال قضاء التحكيم الدولى، ولكن ينبغى ملاحظة أنه رغم الاجماع عليها إلا أنها قد تثير بعض الخلاف فيما يتعلق بتحديد مضمونها وشروط وأحكام إعمالها.

---

(1) Virally, un tiers Droit, Réaflexions theoriques, in Melanges Goldman, P. 373.

١ـ القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين: Pacta Sunt Servanda

إن هذا المبدأ مشترك بين كل الأنظمة القانونية، ومسلم به فى الفقه الحديث والقانون الدولى للمعاهدات. ومؤداه أن أحكام العقد منذ تمامه تصبح القواعد المنظمة لعلاقة طرفيه، فلا يستطيع أى من العاقدين أن يتنصل مما إلتزم به ولا أن يغير أو يبدل فيها بإرادته المنفردة، بل يجب على كل منهما أن ينفذ ما التزم به فى العقد.

ولكن هذا المبدأ يرد عليه تحفظ فى مجال القانون العام وفى العقود التى تكون الدولة طرفاً فيها كصاحبة سيادة، حيث يجوز لها إنهاء العقد بالإرادة المنفردة إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك بشرط التعويض العادل والمناسب للطرف الآخر(١).

٢ـ مبدأ الاثراء بلا سبب Enrichissement sans Cause

ومؤداه أنه إذا أثرى شخص على حساب آخر دون سبب مشروع فإنه ينشأ إلتزام على عاتق من أثرى بأن يرد لمن إفتقر من جراء هذا الإثراء قدر ما أثرى به فى حدود ما لحق المفتقر من خسارة.

٣ـ مبدأ الدفع بعدم التنفيذ:

هو رد يبديه أحد المتعاقدين، على مطالبة المتعاقد الآخر له بتنفيذ التزاماته. فالدائن بالتزام تبادلى يجوز له، إذا لم يكن قد نفذ التزامه، أن يمتنع مؤقتاً عن تنفيذ التزامه ما دام أن المتعاقد الآخر لم ينفذ إلتزامه. يترتب على هذا الدفع وقف تنفيذ الالتزام المطالب بتنفيذه، ويستمر هذا الوقف إلى أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه.

٤ـ مبدأ التنفيذ العينى Restitutio integrum:

الأصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً، أى تنفيذ عين ما التزم به المدين وبالشروط التى نشأ بها التزامه، ولكن فى بعض الأحوال يضطر الدائن

---

(١) Kotz, An interoduction to Comparative law, 1998, P. 252.

إلى الاكتفاء بالحصول على مقابل أو تعويض، إذا أصبح التنفيذ العينى مستحيلاً بفعل المدين أو مرهقاً له أو لا يمكن إجباره مباشرة على التنفيذ، وذلك هو الوضع فى أغلب العقود الدولية حيث يصعب إجبار المتعاقد فيها على التنفيذ العينى، لذا يكتفى، غالباً، بالتعويض.

٥ـ مبدأ التعويض الكامل:

أى تعويض الطرف المضرور عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب خطأ أو مسئولية الطرف الآخر.

٦ـ مبدأ الحيلولة Estoppel

وهو عبارة عن وسيلة فنية تؤدى نفس وظيفة الدفع بعدم القبول. نشأ هذا المبدأ فى الأنظمة الأنجلوسكسونية ويجرى تطبيقه فى التحكيم الدولى بمناسبات متعددة تثير الجدل والخلاف حول مضمون وشروط إعماله. ولعل المدلول الراجح أنه لا يجوز للمتعاقد الاستفادة مما يصدر عنه من أمور متناقضة ومسببة أضراراً للطرف الآخر. فلا يقبل مثلاً من الدولة التصرف على أن العقد صحيح مما يوحى بالثقة للمتعاقد معها، ثم تفاجأه بعد ذلك بالتمسك ببطلانه إستناداً لعدم الحصول على الموافقات والتصديقات المطلوبة، بهدف التخلص من مسئوليتها عن عدم التنفيذ(١).

٧ـ مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة:

ويتعلق بحماية الحقوق الخاصة التى يكتسبها الأجانب بطريقة مشروعة طبقاً لأحكام القانون، فهو وسيلة دفاع لضمان جانب من الثبات والاستقرار لهذه الحقوق، سواء تعلقت بالملكية أم بالآثار المالية للعقود(٢).. ولكن هذا المبدأ لا يتعارض مع ما تتمتع به الدولة من سلطات سيادية فى تعديل العلاقات التعاقدية

(١) Gaillard, le principe de l'estoppel dans quelques sentences arbitrales récents, Rev. arb. 1985, P. 241.

(٢) Furmston, law of Contract, 2004, P 243.

ونظام الملكية إنطلاقا من إعتبارات المصلحة العامة الوطنية بشرط الالتزام بالتعويض العادل للطرف المضار من جراء ذلك.

٨ـ مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية:

يجب على المدين القيام بتنفيذ التزامه طبقاً لما يوجبه حسن النية، أى بما يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وطبقا للأمانة والثقة المتبادلة التى يوجبها عرف التعامل.

٩ـ تفسير العقد وفقا للإرادة المشتركة للأطراف:

أى التعرف على قصد المتعاقدين فى ضوء ما وقع إتفاقهما عليه وتحديد ما انصرفت إليه النية المشتركة لهما.

١٠ـ مبدأ توازن الأداءات العقدية ومراعاة تغير الظروف:

إذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، وكان من شأنها التأثير على حقوق وواجبات الطرفين بحيث تخل بتوازنها فى العقد إخلالاً كبيراً تجعل التنفيذ مرهقاً للمدين بدرجة غير متوقعة، ويهدد بخسارة فادحة له، فإنه ينبغى إعادة التفاوض من جديد للمحافظة على التوازن العقدى، وإلا جاز للقاضى أو المحكم تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويعيد ترتيب الالتزامات المتبادلة بينهما للمحافظة على التوازن بينها طبقا لمقتضيات العدالة.

وقد لعبت العدالة دوراً هاماً، لدى قضاء التحكيم، فى الحفاظ على التوازن الاقتصادى للعقد الدولى من خلال شرط Hardship، الذى يتمكن المحكم بمقتضاه إجابة طلب المتعاقد فى إعادة تقييم العقد، على ضوء تغير المعطيات والظروف المبدئية المصاحبة لابرامه، على نحو يؤدى إلى توازنه، والتوزيع المتساوى للمخاطر الناتجة عن القوة القاهرة.

١١ـ مبدأ النظام العام:

ومؤداه التطبيق الضروري لقواعد البوليس لتعلقها بالنظام العام، ويجوز للقاضي إستبعاد تطبيق أي حكم مخالف للنظام العام في دولته، ويختلف الأمر بالنسبة للتحكيم الدولي حيث لا يستند إلى قانون اختصاص داخلي ويستمد سلطاته من إرادة الأطراف، ويعمل المحكم على مراعاة التجارة الدولية أي حماية النظام العام الدولي القائم على حماية القيم الإنسانية المشتركة وأخلاقيات العقود الدولية، مثل إبطال العقود إستناداً إلى فكرة إستغلال النفوذ والفساد والرشوة، والامتناع عن تطبيق القانون الذي لا يناهض الفساد، كما لو كان يجيز دفع عمولة للموظف العام في الدولة المتلقية للاستثمار مقابل التيسيرات التي يقدمها للمستثمر الأجنبي(١).

(١) Goldman, Les Conflits des lois en matiére d'erbitrage .... P 352.
Dicey, Morris, The Conflict of law, 2000, p. 95.

المبحث الخامس
خضوع العقد لقانون التجارة الدولية

(أ) مفهوم قانون التجارة الدولية:

أدى الطابع الخاص للعلاقات الاقتصادية الدولية إلى إبعاد عقودها عن سلطان النظم القانونية الوطنية، وخضوعها لتنظيم ذاتى يجد أساسه فى عادات وأعراف التجارة الدولية، إن تطور العلاقات والمعاملات فى هذا المجال أدى إلى ظهور مجتمع له ذاتية مستقلة من التجار ورجال الأعمال والصناعة والشركات والمؤسسات العملاقة العابرة للحدود. درج العمل الدولى فى تلك الأوساط المهنية والتجارية على إتباع عادات وقواعد سلوك معينة فى معاملاتهم، تم تقنينها ضمن الشروط العامة للعقود النموذجية الخاصة بكل مهنة أو تجارة على حدة، ومن كل ذلك نشأ ما يسمى بقانون التجارة الدولية Lex mercatoria [1].

يتضح من ذلك أن قانون التجارة الدولية Droit du Commerce international يضم القواعد التى تنظم علاقات القانون الخاص التجارية العابرة للحدود، أى التى ترتبط بدول مختلفة، فهو ينظم العقود الدولية بصفة مباشرة، إستقلالاً عن كل قانون وطنى، أى يخضعها لنظام قانونى مختلف عن ذلك الذى يحكم العقود الداخلية البحتة. ينظم القانون العلاقات الخاصة سواء كان أطرافها من أشخاص القانون العام أو الخاص، أو كان أحد أطرافها شخصاً عاماً والآخر خاصاً، أما العلاقات التى تباشرها الدول إستناداً إلى سلطتها السيادية فى شئون تجارتها الخارجية فتخضع للقانون الدولى الاقتصادى، مثل الاتفاقيات الثنائية الخاصة بمنح إعفاءات جمركية.

ويضم القانون القواعد التى تضع حلولاً موضوعية مباشرة لمشاكل العقود الدولية للتجارة، وهى تفترق بذلك عن قواعد الاسناد التى تحتويها النظم الوطنية فى القانون الدولى الخاص. وإن كان البعض يضيف تحت مفهوم قانون

(١) Lagarde, Approche Critique de la lex mercatoria, mélange Goldman, P. 129.

التجارة الدولية قواعد الإسناد التى يتم توحيدها دولياً لوضع الحلول الموحدة لفض التنازع بين القوانين والقضاء[1].

(ب) عوامل نمو قانون التجارة الدولية:

إن النظام القانونى تعبير عن الواقع الذى ينشأ فيه، فالقواعد القانونية نتاج التفاعل مع المعطيات الاجتماعية والاقتصادية. ولقد كان للطبيعة الخاصة للعلاقات التجارية الدولية تأثيرها الواضح على ظهور قواعد جديدة تناسبها، بدلاً من القوانين الوطنية التى لم تعد تلائمها. ولا يصلح منهج تنازع القوانين، دائماً، للوصول إلى الحلول المناسبة للعقود الاقتصادية الدولية ذات الجوانب القانونية المتعددة والعناصر المتباينة.

ولقد كان لمبدأ سلطان الإرادة دوره البارز فى تحرير عقود التجارة الدولية من سلطان القوانين الوطنية، وخلق القواعد الذاتية التى تلائمها، إعمالاً لمبدأ الحرية الدولية للاتفاقات والإرادة الحرة للأطراف فى إسناد العقد إلى القانون الذى يرسون، هم أنفسهم، قواعده وأحكامه.

أدرك المتعاملون فى مجال التجارة الدولية بتطوراتها المتلاحقة أن القوانين الوطنية لا تصلح لحكم علاقاتها المتنوعة وآثارها المالية والاقتصادية، وضرورة ظهور نظام قانونى خاص بتلك التجارة ينبع تلقائياً من الأوساط المهنية والتجارية عبر المبادئ والأعراف والعادات السائدة فيها، وترددت أصداءه فى جنبات قضاء التحكيم وحيثيات أحكامه، وأصبح حقيقة واضحة لا يمكن تجاهلها، حيث فرض نفسه فى واقع المعاملات الدولية من خلال العقود النموذجية أو النمطية والشروط العامة ولوائح الجمعيات المهنية[2].

وراحت الدول تتعامل مع قانون التجارة الدولية بحكم الواقع، من خلال ممارسة تلك التجارة وحتمية قبول وإحترام قواعدها وأحكامها، وإلا وجدت نفسها فى عزلة إقتصادية، وعجزت عن تلبية إحتياجاتها الضرورية. ولم يعد

---

(١) Fifoot, Law of Contract, 2002, P. 352.

(٢) Ph. Fouchard, les usages, L'arbitre et le juge, Melanges Goldman, P. 67.

بوسع الدولة إخضاع العقود التى تبرمها مع الأشخاص الأجنبية، لقانونها الوطنى الذى يعجز بالتأكيد عن تغطية كافة المبادلات الدولية بسبب ما تنطوى عليه من إتساع وتنوع وتعقيد متزايد للأموال والخدمات المتبادلة. ولا يمكن أن ينهض بتلك المهمة سوى المهنيين ورجال التجارة الدولية أنفسهم، حيث تكون لديهم القدرة على إستخلاص القواعد المناسبة لاحتياجاتهم.

تجلى إعتراف الدول بقانون التجارة الدولية من خلال تشريعاتها الوطنية وتنظيمها للقضاء الخاص بتلك التجارة وهو قضاء التحكيم الذى يعد وسيلة فعالة لخلق وتطبيق ذلك القانون وكفالة إستقلاله وتميزه عن القوانين الوطنية[١].

(جـ) عناصر قانون التجارة الدولية:

تتمثل مصادر ومكونات قانون التجارة الدولية فى: العادات والأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة وقضاء التحكيم والتشريعات والاتفاقيات الدولية.

١ـ **العادات والأعراف التجارية**، التى تنشأ بالتدريج فى الأوساط المهنية والتجارية فى مجال المعاملات الدولية، مثل العادات السائدة فى الأسواق المالية والأوساط المصرفية والاعتمادات المستندية وعمليات البنوك والائتمان التى تبنتها غرفة التجارة الدولية، والشروط العامة التى تتضمنها العقود النموذجية، ومجموعة المصطلحات المتعارف عليها فى التجارة الدولية "الانكوتيرمز" Incoterms.

وتوجه عادات وأعراف خاصة بكل مهنة أو فرع من فروع التجارة الدولية، أى ما درج عليه العمل فى مجال تلك التجارة، وتم صياغتها فى شروط عامة ونموذجية، أرستها وأعدتها منظمات ذات طابع دولى، كاللجنة الاقتصادية لأوروبا، وجمعيات التجارة الدولية فى المجالات المختلفة كتجارة الحبوب والجلود والصوف والحرير وغيرها.

---

(١) Berg, Drafting Commercial agreements, 1995, P. 190.

٢ـ المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة، السابق عرضها.

٣ـ قضاء التحكيم، الذى يلعب دوراً هاماً فى تطبيق أحكام قانون التجارة الدولية، وتحديدها، وإستخلاص قواعده وتطبيقها على الحالات الواقعية، وإبراز تلك القواعد فى صورة جلية وصريحة. ويبدو ذلك الدور بوضوح فى حالة التحكيم مع التفويض بالصلح، كما سنرى، بما له من سلطة تقديرية كاملة فى الحكم إستناداً إلى قواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون والواقع العملى لتلك التجارة. ولا شك أن هذه القواعد والمبادئ تعد من مكونات القانون الموضوعى للتجارة الدولية[١].

٤ـ التشريعات والاتفاقيات الدولية: فكثيراً ما تتضمن القوانين الداخلية بعض التشريعات لتنظيم الروابط القانونية فى العلاقات التجارية الدولية على نحو متميز ومتباين عن القواعد الخاصة بالعقود التجارية الوطنية، مثل قوانين تنظيم الاستثمارات الأجنبية ونقل التكنولوجيا.

وهناك القواعد التى تتضمنها الاتفاقيات المبرمة بين الدول لتنظيم المعاملات الدولية فيما بينها، مثل الاتفاقية الخاصة بعقود النقل البحرى بسند الشحن، والاتفاقيات المتعلقة بالنظام القانونى للكمبيالة والسند الإذنى والشيك، والبيوع الدولية[٢].

(د) خصائص قانون التجارة الدولية:

يتضح مما سبق أن قانون التجارة الدولية يتسم بعدة خصائص جوهرية تميزه وتحدد معالمه:

١ـ قانون نوعى أو طائفى، حيث يخاطب المتعاملين فى التجارة الدولية، وينظم العقود المبرمة فى هذا المجال، وتتنوع قواعده بحسب الأو ساط

(١) Wengler, les principes généraux du Droit en tant que loi du Contrat, R. Grit. 1982, P. 467.

(٢) Boneli, Commentary of the international Sales low, 2000 p. 604.

المهنيـة، ونـوع كـل تجـارة علـى حـدة، كـالصوف والحريـر والحبـوب ونقـل التكنولوجيا وغيرها.

٢- قانون تلقائى، نشأ فى أغلب قواعده من العادات والأعراف النابعـة فى الوسط التجارى الدولى وما يجرى عليـه العمـل بشـأن المعـاملات المتداولـة فيها، ولا يتم سن هذه القواعد أو فرض تطبيقها عن طريق سلطة معينة، بل يتـم الاحتكام إليها تلقائياً عن طريق رضاء الأطراف بها مقدماً.

٣- قـانون موضوعـى يقـدم الحلـول المباشـرة للمنازعـات المعروضـة بشأن عقود التجارة الدولية، فهو يتضمن التنظيـم المناسـب للعلاقـات والروابـط الخاصة بتلك التجارة، وهو بذلك يتميز عن قواعد الإسناد التـى تعـد مجـرد أداة تشـير إلـى القـانون الواجـب التطبيـق للتعـرف علـى الحـل المطلـوب للـنزاع المعروض[١].

(هـ) طبيعة قواعد قانون التجارة الدولية:

تشكك الفقه التقليدى، فى البدايـة، إزاء إعتبـار قـانون التجـارة الدوليـة، نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق، وأن أحكامه لا تعد قواعد قانونية، بـل هـى مجـرد عادات لا يجوز تطبيقها إلا من خـلال إتفـاق المتعـاقدين علـى ذلـك صـراحـة أو ضمنا[٢].

ولكن إزاء نمو وإزدهار واستقرار أحكام قانون التجارة الدوليـة، ذهـب الاتجاه الغالب فى الفقه إلى عكس ذلـك، وتـأكد الأمـر مـن الواقـع العملـى الـذى يعرب عنه بوضوح قضاء التحكيم.

ومن ثم بات من المسلم به أن قانون التجارة الدولية أصبح يشكل نظامـاً قانونياً مستقلاً عن النظم الوطنيه ، ولكنـه نظـام مشـترك بيـن كـل الـدول التـى تشارك فى التجارة الدولية، لأنـه يطبـق فـى الأوسـاط التجاريـة المهنيـة، وهـى

---

(١) Derains, Le statut des usages du Commerce devant les jurisdictions arbitrales, R. Arb. 1973, P. 122.

(٢) Kassis, Tpeorie générale des usages du Commerce international, P. 285.

بمثابة مجتمع متماسك ومنظم يشعر أفراده بضرورة الالتزام بالقواعد التى تعارفوا عليها فى معاملاتهم تحقيقاً لمصالحهم المشتركة، ويلعب التحكيم دوراً هاماً فى فرض إحترام تلك القواعد وكفالة تنفيذها.

وليس معنى ذلك أننا بصدد نظام قانونى متكامل، بل أن القواعد الموضوعية للقانون التجارى الدولى لا زالت غير كافية لتغطية كافة المسائل التى يمكن أن تثور فى إطار العلاقات الدولية الخاصة، فالأعراف والعادات التجارية ما تزال قاصرة عن مواجهة كل المنازعات التى يمكن أن تثور بين المتعاملين، مما يتعين الرجوع، أحياناً، إلى القوانين الوطنية على سبيل الاحتياط لسد ما يمكن أن يظهر من نقص فى الأحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولية[1]، مثال ذلك أحكام الأهلية وعيوب الإرادة ومدد التقادم والسقوط.

ولا يؤثر ذلك على إضفاء صفة القواعد القانونية على أحكام قانون التجارة الدولية، التى تتسم، فى جملتها، بالطبيعة المكملة، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ولكن يتولى المحكمون تطبيقها مباشرة على المنازعات المعروضة عليهم، من تلقاء أنفسهم، ولو لم يتمسك المتعاقدان بها، أو إبداء الرغبة فى ذلك صراحة أو ضمناً. يستقر قضاء التحكيم على ضرورة التطبيق المباشر لعادات وأعراف التجارة الدولية على المنازعات العقدية المطروحة عليه، بصفة خاصة عند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

ويكشف الواقع العملى عن إحساس المحكمين بضرورة وأهمية تطبيق الأحكام الموضوعية لقانون التجارة الدولية بوصفه القانون الطبيعى للمعاملات الجارية فى هذا المجال، بل وتغليبه، أحياناً، على القانون الوطنى المختص بمقتضى منهج التنازع، أى عدم التقيد بالقوانين الداخلية، إلا ما إتصف منها بالطبيعة الآمرة فى الدولة التى يتوقع تنفيذ حكم المحكمين فيها.

---

(١) Loussouran et Bourel, Droit international privé, p. 73.

بل وتتجه بعض أحكام المحكمين إلى إعتبار إختيار المتعـاقدين لقـانون وطنى معين على أن المقصود به مجـرد إسـتكمال النقص المحتمل فـى أحكـام القانون التجارى الدولى(١).

---

(١) Final Report on Construction Industry, Arbitration, 2001, ICC Commission on international Arbitration.

الفصل الثانى
قضاء العقد الدولى
(التحكيم)

يمكن أن يختص القضاء الوطنى بنظر منازعات العقود الدولية، ينعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية لأحد المتعاقدين أو بلد التنفيذ أو طبقا لما تقضى به مبادئ تنازع الاختصاص القضائى. ولكن الواقع المعاصر يكشف عن هيمنة قضاء التحكيم على نظر تلك المنازعات، حيث أصبح الجهة المعتادة للفصل فيها، إستناداً إلى القوانين والمعاهدات من جهة، واتفاق الأطراف على ذلك من جهة أخرى.

ونعرض بإيجاز للتحكيم من خلال بيان: ماهيته، الاتفاق عليه، إجراءاته، الحكم الصادر وتنفيذه.

المبحث الأول
ماهية التحكيم

(أ) تعريف التحكيم وتمييزه عن النظم المشابهة:

التحكيم Arbitrage نظام قضائى خاص أو طريق إستثنائى لفض الخصومات بعيداً عن طرق التقاضى العادية. ويتم اللجوء إليه، بمقتضى إتفاق الأطراف، لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية.

قد يتفق الأطراف على التحكيم قبل حدوث النزاع فى صورة إتفاق مستقل أو كبند أو شرط ضمن بنود العقد المبرم بينهم ويسمى بشرط التحكيم Clause Compromissoire ومؤداه إحالة ما قد يثور من منازعات بمناسبة العلاقة التعاقدية. ويعتبر إتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. ويجوز الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع، ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية، ويسمى هذا الاتفاق بمشارطة أو وثيقة التحكيم Le Compromis[1].

ويتفق الأطراف على المحكمين أو كيفية إختيارهم، وقد يتم اللجوء لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً للقواعد أو اللوائح الخاصة بهم.

وينصرف ما سبق إلى التحكيم الاختيارى الذى يتفق عليه طرفاً النزاع بإرادتها الحرة، دون التحكيم الجبرى الذى تنص عليه بعض التشريعات الخاصة كما سنرى عند دراسة أنواع التحكيم.

وينبغى تمييز التحكيم عن بعض النظم التى تشتبه به مثل:

---

(١) M. Blessing, international arbitration, Buss. Law. Journ, Oct. 1989, P. 409.

١ - **التوفيق Conciliation** هو محاولة الوساطة فى إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق Conciliateur الذى يدرس النزاع ويقدم مقترحات وسط للتقريب بين الأطراف وليست قرارات ملزمة مثل التحكيم.

٢ - **الصلح transaction:** عبارة عن إتفاق بين المتنازعين على حسم المشكلة القائمة من خلال تنازل كل طرف عن بعض مطالبه، ويتم ذلك بالحوار المباشر بين الأطراف أو ممثليهم، فهو ثمرة تفاوض مباشر بينهم. أما التحكيم فيتولى فيه المحكم حسم النزاع بحكم قد يقضى فيه لطرف بكامل طلباته(١).

٣ - **القضاء juridiction:** سلطة رسمية من سلطات الدولة يختص بالفصل فى المنازعات على إقليمها والسهر على تطبيق قانونها، والقاضى موظف فى الدولة يتقاضى أجره منها ولا يختاره المتخاصمون. يشترك التحكيم مع القضاء فى إصدار أحكام واجبة النفاذ، ولكن التحكيم له طابع خاص بمقتضى إتفاق الأطراف ويتحملون نفقاته.

٤ - **الخبرة expertise** وسيلة تعين القاضى أو المحكم على الفصل فى النزاع ذا الطابع الفنى. يتم الاستعانة بخبير أو أكثر لابداء الرأى أو تقديم تقرير بصدد الجوانب الفنية فى الموضوع (هندسة أو زراعة أو طب أو محاسبة ..). ورأى الخبير غير ملزم للمحكمة ولا ينهى النزاع. وقد يتفق الأطراف على الإحتكام إلى خبير بصدد مسألة معينة كجودة سلعة أو آلة، فإذا إتفقوا على الالتزام برأيه، فهنا يكون قد قام بدور المحكم(٢).

٥ - **الوكالة n andat, represention:** تشتبه مع التحكيم فى أن المحكم يمثل طرفى النزاع اللذين أوكلا له مهمة الفصل فيه من خلال تطبيق القانون المتفق عليه.

---

(١) J. Robert, L'Arbitrage, 1993, P. 5.

(٢) Article entitled, Considering global claims, 14 july 2004, Published on www. Contract journal. Com

(ب) أنواع التحكيم:

يمكن تقسيم التحكيم إلى عدة أنواع:

١ ـ **التحكيم الاختيارى والتحكيم الاجبارى**، يتسم التحكيم، فى الأصل، بالطابع الاختيارى، أى يتم بإرادة أطراف النزاع الحرة، وهناك التحكيم الاجبارى الذى ينص المشرع على وجوب اللجوء إليه كطريق لحل النزاع بالنسبة لبعض المسائل ذات الطبيعة الخاصة، مثل منازعات العمل والضرائب والجمارك والتحكيم الخاص بالتعامل فى الأوراق المالية وهو تحكيم داخلى يتم طبقاً للتنظيم التشريعى(١).

٢ ـ التحكيم المؤسسى والتحكيم التعاقدى أو الحالات الخاصة: التحكيم المؤسسى يطلق عليه أيضاً التحكيم النظامى arbitre institionnel أو اللائحى الذى يتم من خلال هيئات أو لجان أو مراكز منظمة ودائمة تفصل فى المنازعات المعروضة عليها وفقاً للإجراءات واللوائح الخاصة بها أو التى نص عليها القانون.

وهذا التحكيم المؤسسى قد يكون داخلياً وهو التحكيم الاجبارى الذى ينظمه المشرع الوطنى فى مسائل معينة سبق عرضها، ومن أمثلته أيضاً ذلك المنظم بالقانون ١٤١/ ١٩٩٤ الخاص ببورصة البضاعة الحاضرة للأقطان. وقد يكون دولياً مثل التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس أو المركز الدولى لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار.

أما تحكيم الحالات الخاصة ad hoc، فهو تعاقدى حر، يختار الأطراف فيه المحكمين والإجراءات والقانون الواجب التطبيق، فهو ينشأ خصيصاً بمناسبة النزاع المعروض.

---

(١) والجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية النص الذى يفرض التحكيم قسراً على الأطراف، وهو ما ينطوى بالضرورة على حرمان المتداعين من اللجوء إلى محاكم القانون العام بوصفها القاضى الطبيعى للمواطنين إعمالاً لنص المادة ٦٨ من الدستور، والأصل أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور إجراءه تسلطاً أو كرهاً.
القضية رقم ١٣ س ١٥ ق المجموعة ٦ ص ٤٠٦.

٣ـ التحكيم وفقاً للقانون والتحكيم مع التفويض بـالصلح: الأصـل هـو أن يتولى المحكمون الفصل فى النزاع طبقاً لقـانون الإرادة، أى تطبيـق القـانون الذى أتفق عليه الأطراف، سواء كان قانوناً وطنياً أم غير وطنى.

ولكن هناك التحكيم مع التفويض بالصلح، وفيه يتفق الأطراف صراحة على تخويل المحكم صراحة سلطة الفصل فى النزاع، وفقاً لمبادئ العدالة، دون التقيد بقواعد القانون، هنا يتمتع المحكم بحرية كاملة فى استخلاص الحلول مـن العدالة أو المبادئ العامة للقانون أو العادات والأعراف الدولية(١).

٤ـ التحكيم التجارى الدولى: يكون التحكيم وطنياً إذا كان يجـرى علـى أرض الوطـن مـع إحترام الاتفاقيـات الدوليـة، أو يجـرى فـى الخـارج ويتفـق الأطراف على تطبيق القانون الوطنى.

ويكون التحكيم **تجارياً** إذا نشأ حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى، سواء كانت هذه العلاقة عقدية أو غير عقدية، فمعيار التجارية هنا أوسـع نطاقـاً من المفـهوم التقليـدى، فـهى تتسـع لتشـمل كافـة المعـاملات والأنشـطة المتعلقـة بتداول السلع والخدمات، طالما إنتفى عنـها الطـابع التـبرعى، ويدخـل فـى ذلـك توريد السلع والخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسـية أو الفنيـة ومنـح الـتراخيص الصناعيـة والسـياحية وغيرهـا ونقـل التكنولوجيـا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات التأمين والنقل وعمليات التنقيب واستخراج الـثروات الطبيعيـة وتوريـد الطاقـة ومـد أنـابيب الغـاز أو النفط وشـق الطــرق والانفـاق وإسـتصلاح الأراضـى الزراعيـة وحمايـة البيئـة وإقامـة المفـاعلات النووية وغيرها.

ويكون التحكيم **دولياً** إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلـق بالتجـارة الدولية وذلك فى الأحوال الآتية:

---

(١) Nudrat Majeed, Good Faith and Due Process, Arbitration international, Vol. 20, 2004, P. 101.

أولاً: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام إتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر إرتباطاً بموضوع إتفاق التحكيم.

وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا إتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله إتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام إتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

- مكان إجراء التحكيم كما عينه إتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.
- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.
- المكان الأكثر إرتباطاً بموضوع النزاع[1].

(جـ) التحكيم الالكترونى:

يشهد التحكيم الالكترونى l'arbitrage électronique إزدهاراً ملحوظاً فى العصر الحديث بسبب إنتشار وتزايد حجم التجارة الالكترونية وما تنطوى عليه من خصوصية وسرعة فى الإعداد والإجراءات والتنفيذ.

ويتميز التحكيم الالكترونى باليسر والمرونة حيث لا يلزم إنتقال أطراف النزاع أو الحضور المادى أمام المحكمين، بل يمكن سماع المتخاصمين

(١) م٢، ٣ من قانون التحكيم رقم ١٩٩٤/٢٧.

عبر المحادثات التليفزيونية video Conference والاتصالات الالكترونية عبر الأقمار الصناعية. أضف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام نظراً لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق بالبريد الالكترونى، ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الإنترنت، لذلك إنتشرت محاكم التحكيم الإلكترونية .

ولا يمكن التمسك بالتحكيم إلا باتفاق صريح عليه كتابة، طبقاً للمفهوم الواسع للكتابة أمام التطور المعاصر وبصفة خاصة بصدد المعاملات الالكترونية. والوسائل الحديثة كثيرة ومتطورة مثل البرقيات والفاكس والمصغرات الفيلمية ومخرجات الحاسب ودعاماته وإسطوانات الفيديو والشرائط الممغنطة والوثيقة الالكترونية، والمهم أن تسمح الوسيلة بحفظ المعلومات المتبادلة والابقاء على مضمونها فى وثيقة ذات أثر مادى ويمكن إسترجاع هذا المضمون والاحتكام إليه عند الخلاف(١).

ومن المهم بيان الإجراءات الخاصة بالتحكيم الالكترونية، ولعل أبرزها كيفية التواصل بين الخصوم والمحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت، وكيفية تقديم المستندات، وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية التى تهم الأطراف موضوع النزاع.

ومن أهم ما يحرص عليه المتخاصمون هو مواجهة المسائل الفنية المرتبطة بالانترنت ووضع ضمانات للمحافظة على سرية المعلومات المطروحة، وذلك كوضعها فى صورة مشفرة بحيث لا يمكن الوصول إليها إلا ممن يسمح له بذلك.

ونظراً لأن التحكيم الالكترونى يتم عبر شبكة الانترنت التى ليس لها حدود أو مكان، ومن ثم يصعب القول بتطبيق إجراءات أو قانون بلد التحكيم، لذا فإنه يتم عادة إعمال الإجراءات المتبعة أمام هذا النوع من التحكيم. ويتم

(١) Caprioli, Argitrage et médiation dans le Commerce électronique, Rev. Arbit. 1999, P. 235.

تطبيق الأعراف والعادات المتبعة فى المعاملات الالكترونية، بالإضافة إلى المبادئ العامة وقواعد العدالة(١).

(د) تقدير نظام التحكيم:

ساد التحكيم واكتسب مكانة هامة فى العصر الحديث لما يتمتع به من مزايا تتفق مع المعاملات الجارية، ولعل أهم تلك المزايا:

١- يتسم التحكيم بالسرعة وبساطة الإجراءات، لذا يفضله الأطراف لتفادى ما تتسم به طرق التقاضى من بطء وتعقيد وخصومات ومماطلة وتكاليف وضياع وقت.

٢- يستجيب التحكيم لحاجات الأطراف ورغباتهم، حيث يمكنهم إختيار أسلوب التحكيم والمحكمين والإجراءات والقانون الواجب التطبيق، ومن ثم يكون لهم دوراً أكثر فاعلية وتجاوباً مع الخصومة. فالتحكيم يقوم أساساً على التراضى.

٣- يتفق التحكيم مع عقود التجارة الدولية التى تتسم بالتعقيد والتركيب والطابع الفنى، وتعدد الأطراف من دول مختلفة والسلع والخدمات العابرة للحدود، حيث يتعذر إخضاعها للمحاكم الوطنية لصعوبة تحديدها وعدم إطمئنان الطرف الأجنبى إليها وعدم ملائمة القانون الذى تطبقه على تلك المنازعات(٢).

يتجاوب التحكيم مع تلك المعاملات لأن المحكم يتمتع بحرية أكبر فى إختيار القواعد والعادات والأعراف الملائمة لجوانبها الفنية والقانونية والاقتصادية، من هنا نشأ قانون التجارة الدولية لحكم هذا النوع من العلاقات.

٤- يحرص المتعاملون فى التجارة الدولية على سرية معاملاتهم، بصفة خاصة ما يتعلق بنقل التكنولوجيا وبراءات الاختراع وتراخيص

(١) H. Valmachino, Réflexion sur l'arbitrage electronique dans le Commerce international, G. P. 2000, P. 7.

(٢) Fidic's New Suite of Contracts – Clauses, ICLP, Vol. 18, Part 3, 2001.

صناعية. وعند نشوب نزاع يصعب ضمان تلك السرية أمام القضاء الخاضع لمبدأ العلانية، بخلاف التحكيم الذى يمكنه المحافظة على سرية العلاقة من حيث منع حضور الجلسات والإطلاع على الأوراق إلا للأطراف أو ممثليهم، ومنع نشر الأحكام الصادرة إلا بموافقتهم(١).

ولكن تلك المزايا لم تقف حائلاً أمام الانتقادات التى صوبها البعض لنظام التحكيم وبيان ما به من عيوب:

أولاً: التحكيم نظام إستثنائى ينبغى حصره فى أضيق نطاق لأنه يشكل مساساً بسيادة الدولة التى توجب الهيمنة على نظام التقاضى كأحد سلطاتها الثلاث. إن القضاء هو سلطة الدولة التى تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة.

ثانياً: إن التحكيم وسيلة الدول المتقدمة وشركاتها العملاقة فى تنظيم علاقات التجارة الدولية مع الدول النامية، بعيداً عن قوانين وقضاء تلك الدول. إن القواعد والأحكام التى تتضمنها الاتفاقيات الدولية أو تكرسها هيئات ومراكز التحكيم هى من صنع الدول المتقدمة والشركات العملاقة التى تهيمن على أمور التجارة الدولية لخدمة مصالحها على حساب الدول النامية، لذا يحرص المستثمر الأجنبى على التمسك بالتحكيم لتفادى الخضوع للقضاء وقوانين تلك الدول خشية الانحياز لمصالحها الاقتصادية.

ثالثاً: إن المحكم لا يلتزم بتطبيق قانون وطنى معين، فالأطراف يتمتعون بحرية إختيار القانون الواجب التطبيق، ويتمثل، غالباً، فى أعراف وعادات التجارة الدولية وقواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون، وهى عبارات فضفاضة يتحدد مضمونها إنطلاقاً من مصالح الدول المتقدمة والشركات الكبرى(٢).

إن تلك الانتقادات تنطوى على جانب من الحقيقة، ولكنها تتسم بالمبالغة، فهى لا يمكن أن تقف عقبة أمام إنتشار التحكيم وإزدهاره بسبب

(١) Fouchard, Gaillard, Goldman, Traité de l'arbitrage Commercial international. 2003, P. 35.

(٢) Fidic Contracts Guide, 2000.

مزاياه العديدة مقارنة بعيوب القضاء الوطنـي. ولابـد مـن مواجهـة واقـع العـالم المعاصر وحتمية التجاوب معه، وإلا تعرضنا للعزلة الاقتصادية. فالعالم المتقدم يحتكر أسرار التقنية ويهيمن على مقاليد التجارة والاقتصاد العالمى، ولابـد مـن التعامل معه لتحقيق التنميـة، وتشـترط المشـروعات والشـركات الاجنبيـة، عنـد تقديم خدماتها وإستثماراتها، اللجوء إلى التحكيم، وأصبح ذلك شرطاً دارجاً فـى كافة العقود الدولية.

ويقتضى ذلك تطوير التشريعات الوطنيـة والواقـع العملـى المحلـى مـن خلال تنظيم التحكيم الوطنى والمشاركة فى التحكيم الدولى والتفاعل معه بإعداد المحكمين والكوادر المتخصصة فى صياغة العقـود والتفـاوض بشـأنها لتحقيـق التوازن من جهة، وضمان حسن وكفاءة نظر منازعاتها أمام قضاء التحكيم.

والحقيقـة أن نظـام التحكيـم آخـذ فـى التطـور والانتشـار، سـواء علـى الصعيد الداخلى أو فى مجال التجـارة الدوليـة، وتتعـدد أشـكال وصـور التحكيـم على ضوء وسائل الاتصال الحديثة والمعاملات الإلكترونية والتطبيقات الجديدة للعقود التجارية والصناعية الدولية، مثال ذلك التحكيم الالكترونى.

وتزايد الاهتمام بالتحكيم مـن خـلال إبـرام العديـد مـن المعـاهدات التـى تتولى تنظيمه والاعتراف به وتنفيذ أحكامه، هذا بالإضافة إلى إنشاء العديد مـن مراكز ومنظمات وهيئات التحكيم الدولية[١].

(١) Kohl, Les clauses qui organisent la poursuite des relations Contractulles, R. D. A. I. 2005, P. 460

المبحث الثانى
إتفاق التحكيم

يتمثل هذا الاتفاق فى توافق الأطراف على اللجوء إلى قضاء التحكيم بصدد كل أو بعض المنازعات الخاصة بالعلاقة القانونية بينهم والاتفاق قد يأخذ صورة شرط فى العلاقة التعاقدية، أو فى صورة إتفاق مستقل. يعتبر هذا الاتفاق بمثابة عقد يخضع للقواعد العامة فى العقود من حيث الموضوع والشكل والآثار.

(أ) التراضى على التحكيم:

يجب تلاقى إرادات الأطراف على إخضاع النزاع للتحكيم بالشروط المتفق عليها، وهذا التراضى لا يفترض بل لابد من وجود الدليل عليه، ويمكن أن يصدر من الشخص الطبيعى أو الاعتبارى بشرط أن تتوافر لديه أهلية فى حقوقه[1]. والعبرة بقانون الجنسية فى تحديد الأهلية. والاتفاق على التحكيم قد يقع بين أشخاص القانون العام أو الخاص. ويخضع هذا الاتفاق لقانون الإرادة لمعرفة توفر التراضى وصحته وخلوه من عيوب الإرادة.

أما عن موضوع التراضى فإنه لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، ومن المقرر أنه لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن إرتكاب إحدى الجرائم[2]. ومن ثم يمتنع الاتفاق على التحكيم مثلا فى مسائل الأهلية والزواج والنسب والقتل والعلاقة غير المشروعة، ولكن يجوز التحكيم بصدد الحقوق المالية المرتبطة بالعلاقة الزوجية أو التعويضات الناشئة عن ارتكاب جريمة.

---

(١) م ١١ من قانون التحكيم المصرى.
(٢) م ٥٥١ مدنى.

ويلزم إتفاق التحكيم كل من وقع عليه أى المتعاقدين والخلف العام والخاص[1].

ولا يشترط تعيين أشخاص المحكمين، وغالبا ما يتم تحديد عدد المحكمين وأسلوب إختيارهم ومواجهة الاحتمالات المتوقعة، وكذا بيان القانون الواجب التطبيق، وموضوع النزاع، وقد يتم الإحالة إلى لوائح هيئة أو مركز تحكيم دائم، كغرفة التجارة الدولية بباريس أو المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة.

(ب) شكل الاتفاق على التحكيم:

إن الكتابة، غالباً، شرط لوجود وصحة الاتفاق على التحكيم أو شرط لاثباته. ويمكن أن يرد شرط التحكيم فى وثيقة أخرى مكتوبة يحيل إليها الأطراف فى العقد الأساسى. ويجب أن يكون الاتفاق موقعا بطبيعة الحال، ولكن ينبغى فهم الكتابة والتوقيع بالمعنى الحديث، فيمكن أن يأخذ كل من المحرر والتوقيع الشكل الالكترونى.

(جـ) الأثر المانع لاتفاق التحكيم:

إن الاتفاق على التحكيم يلزم أطرافه بتنفيذ مضمونه، أى الخضوع لإجراءات التحكيم وقبول الحكم الصادر فيه، ومع ذلك يكون للأطراف حرية العدول عن التحكيم أو التنازل عنه بالاتفاق.

ويترتب على اتفاق التحكيم عدم اختصاص القضاء بنظر النزاع، وتنتقل سلطة الفصل فيه إلى هيئة التحكيم المتفق عليها، ولكن هذا الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام ويتعين التمسك به أمام المحكمة قبل الخوض فى موضوع الدعوى ولا تقضى به من تلقاء نفسها[2].

---

(١) الجمال وعكاشة، اتفاق التحكيم ص ٤٥٥.

(٢) على قاسم، نسبية الاتفاق على التحكيم ص ٥٨.

(د) إستقلال شرط التحكيم:

من المتفق عليه أن شرط التحكيم مستقل تمام الاستقلال عن الاتفاق الوارد فيه، سواء فى العلاقات الدولية أو الداخلية، فلا يؤدى بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا الاتفاق إلى التأثير على شرط التحكيم، فالشرط يظل صحيحاً، طالما إستوفى شروط صحته الخاصة به، فهو تصرف قانونى مستقل وإن تضمنه عقد آخر، لذا فمن المتصور صحة الشرط وبطلان العقد الوارد به، إلا إذا إمتد البطلان إلى الأمرين معاً، ومن ثم يجوز اللجوء إلى شرط التحكيم كأمر مستقل عن الأتفاق الأصلى الباطل.

وترتيبا على ذلك فإن شرط التحكيم يكفى بذاته لتحريك الدعوى أمام هيئة التحكيم، ويكون للمحكمين سلطة النظر فى أى منازعات تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلى. ويتمتع الشرط بالصحة والفعالية الذاتية التى تؤدى إلى تطبيقه على المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد المدرج فيه، وإعماله على الأطراف المعنية مباشرة بهذا التنفيذ(1).

(هـ) بطلان وانقضاء الاتفاق على التحكيم:

ينقضى إتفاق التحكيم بتنفيذه أى بصدور حكن المحكم، وينتهى كذلك بانتهاء أجله، أو بعدول الطرفين عنه، أو بزوال موضوع التحكيم بالهلاك أو التنازل أو التصالح. وإذا نازع أحد الطرفين فى قيام سبب الانقضاء، فإن المحكم يختص بالفصل فى هذه المسألة.

وقد يبطل شرط التحكيم أو الاتفاق عليه لأى سبب من أسباب البطلان طبقا للقواعد العامة، ويختلف الأثر بحسب نوع البطلان مطلق أو نسبى، حيث يقبل البطلان النسبى (لعيب الإرادة مثلاً) التصحيح والإجازة. والبطلان قد يلحق شرط التحكيم أو الاتفاق عليه وحده دون العقد الأصلى وقد يلحقهما معاً. وإذا تقرر البطلان فإنه يتم بأثر رجعى عكس الانقضاء فإنه يتم بأثر فورى.

---

(1) Tarasson, les frontiers de l'arbitirage, R. Arb. 2001, P. 5

ويجوز التمسك بـالبطلان بدعـوى أصليـة ترفـع أمـام القضـاء، أو عـن طريق الطعن بإبطال الحكم التحكيمى، أو من خلال دفع يبديـه الخصـم بمناسـبة عرض النزاع عليه لأى سبب، مثل طلب تعيين هيئة التحكيم، أو عند المنازعـة فى إختصاص المحكمة بنظر منازعات العقد الأصلى. ويمكن التمسك بالبطلان كذلك أمام المحكم عند عرض النزاع عليه.

المبحث الثالث
هيئة وإجراءات التحكيم

(أ) تشكيل هيئة التحكيم:

- يخضع تشكيل هيئة التحكيم لإرادة الأطراف، ويمكن أن تتكون من شخص واحد أو عدة أشخاص بشرط أن يكون العدد وتراً، ويمكن أن يتم التعيين بالاسم أو بالصفة (كنقيب المحامين أو نقيب المهندسين أو عميد كلية الحقوق مثلاً) فى الاتفاق الأصلى أو فى إتفاق لاحق، ويجوز تخويل جهة معينة فى إختيار المحكمين.

ويسود مبدأ الحرية والمساواة بين الأطراف فى إختيار هيئة التحكيم، فإذا كانت ثلاثة، يكون لكل طرف إختيار محكمه الخاص ويتولى المحكمان المختاران إختيار الثالث.

وفى منازعات التجارة الدولية يتم اللجوء غالباً إلى مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، ويكون لها لوائح داخلية تبين سبل إختيار المحكمين وتنظيم الإجراءات الواجبة الاتباع وهى ملزمة للأطراف، ولديها قوائم باسماء المحكمين يمكن للأطراف الاختيار منها وعند الاختلاف تتولى الهيئة أو المركز التعيين.

وبالنسبة للتحكيم الداخلى، فإنه عند الاختلاف على تعيين المحكمين، يتم اللجوء إلى القضاء، وتتولى التعيين المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع. أما فى حالة التحكيم التجارى الدولى فإن محكمة إستئناف القاهرة هى التى تقوم بالتعيين[1].

- ويشترط فى المحكم توافر الأهلية وألا يكون محروماً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه فى جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر إفلاسه ما لم يكن قد رد إليه إعتباره، ولا يشترط درجة معينة من التعليم أو

---

(١) م ١٥: ١٧ من قانون التحكيم المصرى.

اللغة طالما كان محل ثقة ويجوز أن يكون المحكم أجنبياً، رجل أو امرأة. ويمكن أن يكون قاضياً إذا سمحت له جهة عمله بذلك.

- ويجوز للأطراف رد المحكمين إذا قامت ظروف جدية تثير الشكوك حول حيدتهم أو استقلالهم، ويتم تنظيم ذلك فى القانون أو فى لوائح المركز أو فى الاتفاق، وعند غياب مثل هذا التنظيم يتم إتباع قواعد رد القضاة.

يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد، فإذا لم يتنح المحكم المطلوب رده، فصلت هيئة التحكيم فى الطلب. ولا يترتب على ذلك وقف إجراءات التحكيم، ولكن إذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك إعتبار ما يكون قد تم من إجراءات، بما فى ذلك حكم المحكمين، كأن لم يكن.

وإذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو إنقطع عن أدائها بما يؤدى إلى تأخير لا مبرر له فى إجراءات التحكيم، ولم يتنح، ولم يتفق الطرفان على عزله، جاز للمحكمة المختصة الأمر بانهاء مهمته بناء على طلب أى من الطرفين.

وإذا إنتهت مهمة المحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأى سبب آخر، وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التى تتبع فى إختيار المحكم الذى إنتهت مهمته(١).

(ب) مكان ولغة التحكيم وتحديد إجراءاته:

- إن تحديد **مكان التحكيم** أمر مرتبط دائماً بإرادة الأطراف، فلهم الاتفاق على مكان التحكيم، فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكانه مع مراعاة ظروف الدعوى وملاءمة المكان لأطرافها، ولا يخل ذلك بسلطة الهيئة فى أن تجتمع فى أى مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من الإجراءات، كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك. ويمكن إتفاق

---

(١) م ١٨: ٢١ من نفس القانون.

الأطراف على أن يتم التحكيم فى الخارج حتى لو تعلق الأمر بنزاع محلى فى كل عناصره، ومن باب أولى إذا تضمن عنصراً أجنبياً أو كان التحكيم دولياً[1].

- وللأطراف حرية إختيار **لغة التحكيم**، وإلا تولت محكمة التحكيم إصدار قرار بذلك. ويسرى حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة وعلى المرافعات الشفهية، وكذلك على كل قرار تتخذه هذه الهيئة أو رسالة توجهها أو حكم تصدره ما لم ينص إتفاق الطرفين أو إقرار الهيئة على غير ذلك.

ولهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التى تقدم فى الدعوى ترجمة إلى اللغة أو اللغات المستعملة فى التحكيم، وفى حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها.

- وبالنسبة لتنظيم **إجراءات التحكيم**، يسود مبدأ حرية الأطراف فى تحديد القواعد الحاكمة لتلك الإجراءات. وهذا المبدأ محل إجماع فى كل من التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية ولوائح هيئات ومراكز التحكيم، بصفة خاصة فى التحكيم التجارى الدولى.

ومن ثم يجوز لطرفى التحكيم الاتفاق على الإجراءات التى تتبعها هيئة التحكيم، بما فى ذلك حقها فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة فى أى منظمة أو مركز تحكيم فى الداخل أو الخارج. فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم إختيار الإجراءات التى تراها مناسبة.

ومن المتفق عليه أن المبادئ الأساسية التى تحكم هذه الإجراءات، فى كافة التشريعات والاتفاقيات الدولية ولوائح مراكز التحكيم، تدور حول محورين:

الأول: تحقيق المساواة بين الأطراف فى المعاملة.

---

(١) Sanders, Arbitration, p. 285.

الثانى: تهيئة الفرصة المتكافأة والكاملة لكل طرف لعرض دعواه، والحق فى الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر ومواجهته والرد عليه، أى كفالة حق المواجهة وكافة حقوق الدفاع[1].

(جـ) بدء الإجراءات والنظر فى الاختصاص:

- تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذى يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعى، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر.

- يرسل المدعى خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بياناً مكتوباً بدعواه يشتمل على إسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب إتفاق الطرفين ذكره فى هذا البيان.

وإذا لم يقدم المدعى دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

- تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها، بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

ويجب التمسك بهذه الدفوع فى ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه، ولا يترتب على قيام أحد طرفى التحكيم بتعيين محكمة أو الاشتراك فى تعيينه، سقوط حقه فى تقديم أى من هذه الدفوع.

أما الدفع بعدم شمول إتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه. ويجوز، فى جميع الأحوال، أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول.

---

(١) م ٢٨، ٢٩، ٢٦ من نفس القانون.

تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع السابقة قبل الفصل فى الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهى للخصومة كلها(١).

(د) مذكرة الدفاع والإثبات:

- يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذى تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى وكل واحد من المحكمين **مذكرة مكتوبة بدفاعه** رداً على ما جاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو فى مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير.

وإذا لم يقدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه وجب أن تستمر هيئة التحكيم فى إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقراراً من المدعى عليه بدعوى المدعى ما لم يتفق على غير ذلك.

- يجوز لكل من الطرفين أن يرفق ببيان الدعوى أو بمذكرة الدفاع على حسب الأحوال، صوراً من الوثائق التى يستند إليها وأن يشير إلى كل أو بعض الوثائق وأدلة الإثبات التى يعتزم تقديمها. ولا يخل هذا بحق هيئة التحكيم فى أى مرحلة كانت عليها الدعوى، فى طلب تقديم أصول المستندات أو الوثائق التى يستند إليها أى من طرفى الدعوى.

تُرسل صورة مما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك تُرسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة.

---

(١) م ٢٧، ٣٠، ٣٤، ٢٢ من نفس القانون.
مختار البريرى، التحكيم التجارى الدولى ص ٧٧.

- لكل من طرفى التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو إستكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل فى النزاع.

- يجوز الاتفاق على **إخضاع التحكيم لقانون إثبات معين**، وإلا فلهيئة التحكيم أن تختار قانوناً معيناً أو تضع قواعد يتم الاتفاق عليها لتنظيم الإثبات بإجراءاته وأدلته.

- ويجوز سماع الشهود والخبراء بدون أداء يمين[1].

(ن) الاستعانة بالخبراء:

لهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهى يثبت فى محضر الجلسة بشأن مسائل معينة تحددها، وترسل إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد المهمة المسندة إلى الخبير.

وعلى كل من الطرفين أن يقدم إلى الخبير المعلومات المتعلقة بالنزاع وأن يمكنه من معاينة وفحص ما يطلبه من وثائق أو بضائع أو أموال أخرى متعلقة بالنزاع، وتفصل هيئة التحكيم فى كل نزاع يقوم بين الخبير وأحد الطرفين فى هذا الشأن.

وترسل هيئة التحكيم صورة من تقرير الخبير بمجرد إيداعه إلى كل من الطرفين مع إتاحة الفرصة له لابداء رأيه فيه، ولكل من الطرفين الحق فى الإطلاع على الوثائق التى إستند إليها الخبير فى تقريره وفحصها[2].

ولهيئة التحكيم، بعد تقديم تقرير الخبير، أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفى التحكيم عقد جلسة لسماع أقوال الخبير مع إتاحة الفرصة للطرفين لسماعه ومناقشته بشأن ما ورد فى تقريره. ولكل من الطرفين أن يقدم فى هذه الجلسة خبيراً أو أكثر من طرفه لابداء الرأى فى المسائل التى تناولها

---

(١) م ٣٠: ٣٣ من نفس القانون.

(٢) أحمد خليل، قواعد التحكيم ص ١٨٥

تقرير الخبير الذى عينتـه هيئـة التحكيـم مـا لـم يتفـق طرفـا التحكيـم علـى غير ذلك[1].

(هـ) سير إجراءات التحكيم:

- تعقد هيئة التحكيم **جلسات مرافعة** لتمكين كل من الطرفين مـن شـرح موضـوع الدعـوى وعـرض حجتـه وأدلتـه، ولـها الاكتفـاء بتقديـم المذكـرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

ويجب **إخطار طرفى التحكيم** بمواعيد الجلسات والاجتماعات التى تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذى تعينه لذلك بوقـت كـافٍ تقدره هذه الهيئـة حسب الظروف.

وتدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم فـى محضـر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك.

- إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عـن تقديـم مـا طلب منه من مستندات جـاز لهيئـة التحكيـم الاستمرار فـى إجراءات التحكيـم وإصدار حكم فى النزاع إستناداً إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها.

- إذا عرضت خلال إجراءات التحكيـم مسـألة تخـرج عن ولايـة هيئـة التحكيم أو طعن بالتزوير فى ورقة قدمت لها أو إتخذت إجراءات جنائيـة عن تزويرهـا أو عـن فعل جنـائى آخر، جـاز لهيئـة التحكيـم الاستمرار فـى نظـر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل فى هذه المسألة أو فى تزوير الورقة أو فـى الفعل الجنـائى الآخر ليس لازمـاً للفصـل فـى موضـوع النـزاع، وإلا أوقفـت الإجراءات حتى يصدر حكم نـهائى فـى هـذا الشـأن، ويـترتب علـى ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم.

- ويجوز للأطراف **الاتفاق على وقف خصومة التحكيم** لمدة معينة لأى سبب يرونه مناسباً، كتهيئـة المنـاخ لتسـوية النـزاع وديـاً، وعلـى هيئـة التحكيـم

---

(١) م ٣٦ من نفس القانون.

إقرار هذا الإتفاق، وتحديد المدة المناسبة إذا لم يحددها الأطراف. وتُستأنف الخصومة بناء على طلب الأطراف جميعاً أو بطلب يُقدم إلى الهيئة من أحدهم.

- وإذا تعرضت خصومة التحكيم، قفل باب المرافعة فيها، لسبب من أسباب **الانقطاع** فى أحد طرفيها، كالوفاة أو فقد الأهلية أو زوال صفة الممثل القانونى، فإن ذلك يؤدى إلى إنقطاع سير الإجراءات وما يترتب على ذلك من آثار طبقاً لأحكام قانون المرافعات[1].

(و) الإجراءات الوقتية والتحفظية:

- يجوز لأحد طرفى التحكيم أن يلجأ إلى المحكمة المختصة فى القضاء الوطنى، ليطلب منها إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، سواء قبل البدء فى إجراءات التحكيم أو أثناء السير فيها، ما لم يكن هناك إتفاق بين الأطراف على غير ذلك[2].

(ى) إنتهاء إجراءات التحكيم:

تنتهى إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهى للخصومة كلها، وهناك عدة حالات تستطيع فيها هيئة التحكيم أن تصدر قرارها بالانتهاء المبتسر للإجراءات دون الفصل فى الموضوع. ويترتب على ذلك زوال الخصومة وإنهاء مهمة الهيئة، وتفقد صفتها فى إتخاذ الإجراءات أو الاستجابة لأى طلب يقدمه الأطراف لها، اللهم ما قد يقدم بشأن تفسير أو تصحيح القرار.

وحالات إنهاء الإجراءات قبل الحكم هى:

١- إذا تخلف المدعى عن تقديم بيان دعواه خلال الموعد المتفق عليه أو الذى تحدده هيئة التحكيم، هنا تصدر الهيئة قراراً بانتهاء الإجراءات إلا إذا إتفق الأطراف على غير ذلك.

---

(١) م ٣٣، ٤٦، ٣٨ من نفس القانون.
نبيل عمر، التحكيم ص ٢٣٢.

(٢) Uytvanck, la pratique d'entrerprise belges en matiére de Contrat international, 2003, P. 85.

٢- إذا إتفق الأطراف على إنهاء التحكيم.

٣- إذا إتفق الطرفان خلال إجراءات التحكيم على تسوية تنهى النزاع كان لهما أن يطلبا إثبات شروط التسوية أمام هيئة التحكيم، التى يجب عليها فى هذه الحالة أن تصدر قراراً يتضمن شروط التسوية وينهى الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ.

٤- إذا ترك المدعى خصومة التحكيم، ما لم تقرر هيئة التحكيم، بناء على طلب المدعى عليه، أن له مصلحة جدية فى إستمرار الإجراءات حتى يحسم النزاع.

٥- إذا فات الميعاد المحدد، بالقانون أو بالاتفاق، لإصدار الحكم، ويجوز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة وطنياً أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء الإجراءات، ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

٦- إذا رأت هيئة التحكيم عدم جدوى إستمرار إجراءات التحكيم أو إستحالته، مثال ذلك صدور حكم قضائى فى موضوع النزاع، أو إستحالة تنفيذ الحكم الذى قد تصدره الهيئة وفقاً لقانون بلد التنفيذ[1].

(١) م ٤١، ٤٥، ٤٨ من نفس القانون.

المبحث الرابع
صدور حكم التحكيم وتنفيذه

(أ) القانون الواجب التطبيق:

سبق أن تناولنا ذلك بالتفصيل فى الفصل السابق، لذا نكتفى باستعراض المبادئ الأساسية:

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التى يتفق عليها الطرفان. وإذا إتفقا على تطبيق قانون دولة معينة إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك.

وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية فى القانون الذى ترى أنه أكثر إتصالا بالنزاع.

يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل فى موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية فى نوع المعاملة.

يجوز لهيئة التحكيم، إذا إتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح، أن تفصل فى موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون[1].

(ب) ميعاد إصدار الحكم:

يجب على هيئة التحكيم إصدار الحكم خلال الميعاد المتفق عليه أو المحدد قانوناً، ويجوز للهيئة مد الميعاد. وإذا لم يصدر الحكم فى الميعاد جاز لأى من طرفى التحكيم اللجوء إلى القضاء لتحديد ميعاد إضافى أو إنهاء

---

(١) م ٣٩ من نفس القانون.

الإجراءات. وهنا يصبح لكل طرف الحق فى رفع دعواه أمام المحكمة الوطنية المختصة أصلاً بنظر النزاع[1].

وتلك هى القواعد المتبعة فى التشريعات والاتفاقيات الدولية التى تبناها المشرع المصرى بنصه:

على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهى للخصومة كلها خلال الميعاد الذى إتفق عليه الطرفان. فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وفى جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.

وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد السابق جاز لأى من طرفى التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة، أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافى أو بإنهاء الإجراءات، ويكون لأى من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها.

وقد سبق أن رأينا أن ميعاد إصدار الحكم قد يقف سريانه لعدة أسباب مثل الوقائع التى تؤدى إلى إنقطاع الخصومة، وإذا عرضت أمام هيئة التحكيم مسألة تخرج عن ولايتها وقدرت أن الفصل فيها لازم لإصدار الحكم المنهى للخصومة، مثل الطعن بالتزوير على مستند رسمى، وكذلك الشأن فى حالة القوة القاهرة التى يكون من شأنها منع سير إجراءات التحكيم[2].

(ج) إصدار الحكم:

- يصدر حكم التحكيم لحسم موضوع النزاع. وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، فإن الحكم **يصدر بأغلبية الآراء** بعد مداولة تتم على الوجه الذى تحدده الهيئة، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك.

---

(١) Y. Derains, Sentence Arbitral, CCI no. 8331, Journ. Dr. int. 1999, p. 67.

(٢) م ٤٥، ٤٦ من نفس القانون.

- يصدر حكم التحكيم كتابة **ويوقعه المحكمون**، وفى حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت فى الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية.

ويجب أن يكون حكم التحكيم **مسبباً** إلا إذا إتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم.

ويجب أن **يشتمل حكم** التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وصورة من إتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجباً.

- تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين **صورة من حكم التحكيم** موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفى التحكيم.

- يجب على من حكم التحكيم لصالحه إيداع أصل الحكم أو صورة موقعة منه باللغة التى صدر بها، أو ترجمة باللغة العربية مصدقا عليها من جهة معتمدة إذا كان صادراً بلغة أجنبية، وذلك فى قلم كتاب المحكمة المختصة.

ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع، ويجوز لكل من طرفى التحكيم طلب الحصول على صورة من هذا المحضر[1].

(د) تفسير وتصحيح الحكم:

- يجوز لكل من طرفى التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، **تفسير** ما وقع فى منطوقه من

---

(١) م ٤٠، ٤٣، ٤٤، ٤٧ من نفس القانون.

غموض، ويجب على طـالب التفسير إعـلان الطـرف الآخـر بـهذا الطلب قبـل تقديمه لهيئة التحكيم.

يصدر التفسـير كتابـة خـلال الثلاثيـن يومـاً التاليـة لتـاريخ تقديـم طلـب التفسير لهيئة التحكيم. ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يومـاً أخـرى إذا رأت ضرورة لذلك.

ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذى يفسره وتسرى عليه أحكامه[1].

- تتولى هيئة التحكيم **تصحيح** ما يقع فى حكمها من أخطاء مادية بحتة، كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بنـاء علـى طلـب أحد الخصوم. وتُجرى هيئة التحكيم التصحيح، من غير مرافعة، خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحـوال، ولـها مـد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.

ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئـة التحكيم، ويعلـن إلـى الطرفيـن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئـة التحكيـم سـلطتها فـى التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان.

- يجوز لكل مـن طرفـى التحكيـم، ولـو بعد إنتـهاء ميعـاد التحكيـم، أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال الثلاثين يوماً التالية بتسلمه حكم التحكيم، إصـدار حكم تحكيم إضافى فى **طلبات** قدمت خلال الإجـراءات و**أغفلـها حكـم التحكيـم**، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه.

وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديـم الطـلب، ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك[2].

---

(١) على عوض حسن، التحكيم ص ١٩٥.

(٢) م ٤٩، ٥٠، ٥١ من نفس القانون.

(هـ) بطلان الحكم :

- لا تقبل أحكام التحكيم، التى تصدر طبقاً لأحكام هـذا القـانون، الطعـن فيها بأى طريق من طرق الطعن المنصوص عليها فى قانون المرافعات، ولكـن يجوز رفع دعوى بطلان هذا الحكم فى الحالات الآتية:

١- إذا لم يوجد إتفاق تحكيـم، أو كـان هـذا الإتفـاق بـاطلاً أو قـابلاً للإبطـال أو سقط بانتهاء مدته.

٢- إذا كان أحد طرفى إتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصـها وفقـاً للقانون الذى يحكم أهليته.

٣- إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديـم دفاعـه بسـبب عـدم إعلانـه إعلانـاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأى سبب آخـر خـارج عـن إرادته.

٤- إذا إستبعد حكم التحكيم تطبيق القـانون الـذى إتفـق الأطـراف علـى تطبيقـه على موضوع النزاع.

٥- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين.

٦- إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها إتفـاق التحكيـم أو جـاوز حـدود هـذا الاتفـاق، ومـع ذلـك إذا أمكـن فصـل أجـزاء الحكـم الخاصـة بالمسـائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة لـه فـلا يقـع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

٧- إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيـم باطلـة بطلانـاً أثر فى الحكم.

- وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقـاء نفسـها ببطـلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية(١).

---

(١) محسن شفيق، التحكيم التجارى ص ٢٥.

- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعى البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم.

- تختص بدعوى البطلان فى التحكيم التجارى الدولى المحكمة المختصة (محكمة إستئناف القاهرة)، وفى غير التحكيم التجارى الدولى يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع[1].

أما بالنسبة للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار فإنه يجوز الطعن على حكم التحكيم بطلب إعادة النظر إذا اكتشف أى طرف واقعة من شأنها أن تؤثر تأثيراً حاسماً على القرار بشرط ألا تكون هذه الواقعة معلومة للمحكمة أو لطالب إعادة النظر، وألا يكون جهل هذا الأخير بتلك الواقعة ناتجاً عن خطئه. ويتم تقديم طلب إعادة النظر خلال التسعين يوماً التالية لاكتشاف الواقعة الجديدة، أو خلال الثلاث سنوات التالية لإصدار الحكم فى جميع الأحوال. وتختص بنظر الالتماس المحكمة التى أصدرته، وإذا تعذر ذلك، تنظره محكمة يتم تشكيلها من جديد وفقا للقواعد المنظمة لتشكيل محكمة التحكيم.

وتستطيع المحكمة وقف تنفيذ الحكم لحين الفصل فى الالتماس إذا قدرت أن الظروف تقتضى ذلك.

ويمكن، كذلك، طلب بطلان الحكم إستناداً إلى: وجود عيب فى تشكيل المحكمة، أو تجاوزها الواضح لسلطاتها، أو إنحراف أحد أعضائها، أو عدم مراعاة قاعدة أساسية من القواعد الإجرائية، أو عدم التسبيب.

ويجب تقديم طلب البطلان خلال المائة وعشرين يوماً التالية تاريخ القرار، إلا فى حالة الاستناد للانحراف المنسوب لأحد أعضاء المحكمة،

(١) م ٥٢، ٥٣، ٥٤ من نفس القانون.

فتحسب المدة من تاريخ إكتشاف هذا الانحراف، وفى جميع الأحوال لا يجوز تقديم الطلب بعد مضى ثلاث سنوات من تاريخ الحكم.

ويقوم رئيس المركز بتشكيل لجنة خاصة من ثلاثة محكمين من القائمة، على ألا يكون من بينهم أحد أعضاء المحكمة التى أصدرت الحكم(١).

ولا تتضمن قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس أى نصوص تتيح الطعن ببطلان حكم التحكيم، بل أن المادة ٢٤ تنص على أن قرار التحكيم يكون نهائياً، وأنه بالخضوع للتحكيم وفقا لقواعد الغرفة يتنازل الأطراف عن كل طرق الطعن التى يمكنهم النزول عنها، مع تعهدهم بتنفيذ القرار دون إبطاء. ولكن نظراً لأن القرار الصادر ذا طابع دولى فى منازعة تجارة دولية فى فرنسا، فإنه يخضع للقانون الفرنسى فيما يتعلق بطرق الطعن فيه، ومن المعلوم أن هذا القانون يسمح باستئناف حكم التحكيم إلا إذا تنازل عنه الأطراف مسبقاً، ويجوز رفع دعوى بطلان القرار للأسباب السابق ذكرها(٢).

(١) Derains, Recueil des sentences arbitrales de la C. C. I. 2002, P. 150

(٢) Sausser H., L'arbitration en dr. int. privé, P. 185.

المبحث الخامس
حجية أحكام المحكمين وتنفيذها

أ) حجية حكم التحكيم:

إن أحكام المحكمين الصادرة طبقا للقانون تحوز حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ. ونظراً لأن حكم التحكيم لا يقبل الطعن فيه بأى طريق من طرق من طرق الطعن المقررة فى قانون المرافعات، فإن هذا الحكم يحوز كذلك قوة الأمر المقضى بمجرد صدوره.

وتعنى الحجية أن الحكم عنوان الحقيقة فيما فصل فيه فى حدود الأساس الذى قامت عليه الدعوى وبالنسبة لأطرافها، ويترتب على ذلك عدة نتائج:

١- تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها فى الدعوى، فلا تملك العدول عن الحكم أو تعديله ولكن لها سلطة التفسير والتصحيح كما رأينا.

٢- لا يجوز إستبدال الحكم الصادر بحكم آخر إلا بموافقة جميع الخصوم وبإتفاق جديد على التحكيم.

٣- يجوز لمن صدر الحكم لصالحه التمسك بهذه الحجية إذا قام الطرف الآخر برفع دعوى أمام القضاء للنظر فى الموضوع السابق الفصل فيه إستناداً إلى نفس السبب.

٤- تقتصر الحجية على المسائل التى حسمها الحكم بحكم قطعى مما كان يدخل فى ولايته حسب الاتفاق على التحكيم، أما الأحكام غير القطعية فلا تستنفذ ولاية المحكمة بصدورها، بل تظل له ولاية الرجوع فيها أو تعديلها.

٥- تقتصر الحجية على محل النزاع وسببه المحدد فى إتفاق التحكيم، فالحكم لا يتمتع بالحجية إلا فى حدود ما فصل فيه من مسائل داخلة فى إتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشارطة.

٦- وطبقا لمبدأ نسبية الأحكام، فإن حجية حكم التحكيم قاصرة على أطرافه الذين مثلوا بأشخاصهم أو عن طريق ممثليهم أمام هيئة التحكيم وتمكنوا من إبداء أوجه دفاعهم(١).

(ب) الأمر بتنفيذ حكم التحكيم:

إن هيئة التحكيم لا تعتبر من سلطات الدولة، ومن ثم لابد من الحصول على أمر تنفيذ حكم المحكم من السلطة القضائية المختصة أو من سلطة إدارية تتولى التصديق على هذا الحكم.

ولا يمارس القاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ رقابة قضائية كاملة على حكم المحكم، بل رقابة محدودة شكلية وخارجية، مختلفة عن الرقابة التي تمارسها محاكم الطعن. ويقتصر دور القاضي على فحص مدى قابليته للتنفيذ من جهة، وعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى. لذلك فإن الأمر بالتنفيذ ليس حكماً قضائياً بل هو أمر ولائي(٢).

ويقتصر الأمر بالتنفيذ على أحكام الإلزام الصادرة في الموضوع من هيئة التحكيم في مصر، وفي الخارج إذا تعلقت بالتجارة الدولية وإتفق الأطراف على خضوعها لأحكام قانون التحكيم المصري. أما غير ذلك فإنها تخضع لقواعد تنفيذ الأحكام في مصر.

ينعقد **الاختصاص بإصدار الأمر بتنفيذ** أحكام التحكيم لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، إلا إذا تعلق الأمر بتحكيم تجاري دولي في مصر أو في الخارج، فإن الاختصاص ينعقد لرئيس محكمة إستئناف القاهرة أو أي محكمة إستئناف أخرى يتفق عليها الأطراف. ويجوز لرئيس المحكمة ندب أحد قضاتها لإصدار الأمر بالتنفيذ.

ويقدم المحكوم لصالحه طلب تنفيذ الحكم مرفقا به ما يلي:

---

(١) Fouchard, ..., Traité de l'arbitrage, P. 285.

(٢) نبيل عمر ص ٣٤٧.

١- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.

٢- صورة من إتفاق التحكيم.

٣- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.

٤- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم فى قلم كتاب المحكمة المختصة(١).

(جـ) شروط الأمر بالتنفيذ:

أولا: لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد إنقضى، أى أنه يمكن قبول طلب التنفيذ بعد إنقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان.

والقاعدة أنه لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك فى صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل فى طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالى، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ، الفصل فى دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر.

ثانيا: لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم إلا بعد التحقق مما يأتى:

١- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية فى موضوع النزاع.

٢- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام فى مصر.

٣- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً(٢).

---

(١) م ٥٥، ٥٦ من نفس القانون.

(٢) م ٥٧، ٥٨ من نفس القانون.

(د) التظلم من أمر التنفيذ:

قرر المشرع أنه لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

ولكن المحكمة الدستورية قضت بعدم دستورية حظر التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم(1) ، وعلى ذلك أصبح من الجائز التظلم من أمر القاضى الصادر سواء بالموافقة على التنفيذ أم برفضه.

ويتم التظلم وفقاً لإجراءات قانون المرافعات، حيث يرفع بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى القضائية، ويجب أن يكون التظلم مسبباً وإلا كان باطلاً، ويترتب عليه قيام خصومة تحقيق كامل أمام المحكمة. ويحكم القاضى فى التظلم إما بتأييد الأمر أو إلغائه أو بتعديله، ويأخذ حكمه شكل الأحكام القضائية(2).

(تم بحمد الله)

" الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلا أَنْ هَدَانَا اللَّهُ"

---

(1) الدستورية فى ٢٠٠١/١/٦ رقم ٩٢ س ٢١ ق.

(2) نبيل عمر ص ٣٧٨.

الفهرس

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
(ب) مستندات العقد	١٦٢
(ج) تأثير التكنولوجيا المعاصرة فى الإثبات	١٦٤
(د) أهمية ومخاطر الإثبات الإلكترونى	١٦٦
(س) حجية الكتابة والمحررات الإلكترونية	١٦٨
(ص) حجية الصور والمستخرجات	١٧١
(ط) تأثير التطور التقنى على مبادئ الإثبات	١٧٢
(ع) ماهية وصور التوقيع الإلكترونى	١٧٤
(ك) حجية التوقيع الإلكترونى	١٧٦
(ل) حجية الصورة المنسوخة من المحرر الإلكترونى الرسمى	١٧٨
(ن) شروط تمتع التوقيعات والكتابة والمحررات بالحجية	١٧٨
(هـ) منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكترونى ..	١٨١
(و) الضوابط الفنية لحجية الكتابة والمحررات الإلكترونية..	١٨٣
(ى) التصديق الإلكترونى	١٨٣
الفصل السابع **القوة الملزمة**	١٨٥
المبحث الأول: نفاذ العقد	١٨٥
(أ) العقد شريعة المتعاقدين	١٨٥
(ب) تنفيذ العقد بحسن نية	١٨٦
(ج) تعديل العقد	١٨٨
(د) تجديد العقد	١٩١
المبحث الثانى: نظرية الظروف الطارئة	١٩٢
(أ) مفهوم النظرية بوجه عام	١٩٢
(ب) مفهوم النظرية فى العقود الدولية	١٩٣
(ج) مجال تطبيق النظرية	١٩٤
(د) أوصاف الظرف الطارئ	١٩٦

الموضوع	الصفحة
(هـ) تأثير الحادث على المدين	١٩٩
(و) تعديل القاضى للعقد بسبب الظرف الطارئ	٢٠٠
الباب الثالث	
الالتزامات الرئيسية فى العقود الدولية	٢٠٣
الفصل الأول	
نقل الملكية	٢٠٥
(أ) القواعد العامة	٢٠٥
(ب) تأجيل نقل الملكية	٢٠٥
(ج) قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية وأثرها	٢٠٦
(د) إنتقال ملكية الأشياء المصدرة..................................	٢٠٧
الفصل الثانى	
الالتزام بالتسليم والتسلم	٢٠٩
(أ) كيفية التسليم	٢٠٩
(ب) إثبات التسليم	٢١١
(ج) وقت التسليم	٢١١
(د) مكان التسليم	٢١٣
(ق) نفقات التسليم	٢١٤
(ك) حالة المبيع وقت التسليم	٢١٥
(ل) مقدار المبيع وقت التسليم	٢١٧
(م) تقادم الدعاوى الناشئة عن نقص وزيادة المبيع	٢١٩
(ن) ملحقات التسليم	٢١٩
(هـ) التزام البائع بتزويد المشترى بالمعلومات الضرورية عن المبيع	٢٢٠
(و) الالتزام بالتسلم	٢٢١
الفصل الثالث	
الالتزامات الخاصة بعقود التكنولوجيا والتنمية الاقتصادية	٢٢٥
(أ) نقل المعرفة والتكنولوجيا	٢٢٥

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
(ج) التأمين	٢٨٣
(د) التزام المدين بعمل أو الإمتناع عن عمل	٢٨٥
(هـ) حق الدائن فى الإطلاع على ذمة ونشاط مدينه	٢٨٦
(و) الضمان بمجرد الطلب (خطاب الضمان)	٢٨٧
(ى) خطابات الثقة والطمأنينة	٢٨٧
المبحث الخامس: **ضمانات البيع الائتمانى**	٢٨٨
المطلب الأول: ماهية البيع الائتمانى	٢٨٨
المطلب الثانى: الضمانات القانونية لحق البائع فى الثمن ..	٢٩٠
(أ) الشرط الجزائى	٢٩٠
(ب) الفسخ وعدم جدواه فى ضمان حق البائع	٢٩١
(ج) إمتياز البائع	٢٩٤
المطلب الثالث: البيع الإيجارى	٢٩٦
(أ) تعريف	٢٩٦
(ب) الحكمة منه	٢٩٦
(ج) تكييف العقد	٢٩٨
المطلب الرابع: التأجير الائتمانى أو التمويلى	٣٠٠
المطلب الخامس: البيع لأجل أو البيع بالتقسيط	٣٠٣
المطلب السادس: شرط الاحتفاظ بالملكية	٣٠٤
(أ) ماهيته	٣٠٤
(ب) مشروعيته	٣٠٦
(ج) مجاله	٣٠٧
(د) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الألمانى	٣٠٨
(هـ) مكانة الشرط وتطوره فى القانون الفرنسى	٣١١
(و) طبيعة الشرط	٣١٣
(ى) حكم الشرط فى القانون المصرى	٣١٤
الباب الرابع	
بطلان العقد وعدم تنفيذه	٣١٩

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة
	٥٠٦

الموضوع	الصفحة

رقـــم الإيداع	: ٢٠٠٦/١٦٩٢٨
الترقيم الدولي	I.S.B.N :